



NATALIA MASCARENHAS SIMÕES BENTES

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL
E A RESPONSABILIDADE PENAL
INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Tese de Doutoramento em Direito, ramo Direito Público, orientada por Professor Doutor Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A
RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Natalia Mascarenhas Simões Bentes

Coimbra
2016

Natalia Mascarenhas Simões Bentes

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A
RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Tese de Doutoramento em Direito, ramo
Direito Público, orientada por Professor
Doutor Francisco António de M. L. Ferreira de
Almeida e apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

Coimbra

2016

A Deus

A meu pai,

Roberto Simões.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pela força nesta etapa de minha vida.

Aos meus pais, Roberto Simões e Fátima Simões, pelos seus incansáveis momentos de ajuda, pela paciência e pelo amor imensurável.

Ao Rafael Bentes, pela compreensão, dedicação, companheirismo, participação e apoio a este trabalho.

Ao meu irmão, Rodolfo Simões, pelo carinho e consideração.

Ao meu primo, Cristóvão Simões, pela dedicação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo acolhimento e ensinamentos durante o curso de Doutoramento em Direito.

Ao orientador Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida que sempre concedeu um tempo para me orientar e me ajudar no que fosse possível.

RESUMO

A partir do século XIX, com a humanização do Direito Internacional, o ser humano passa a ser sujeito de direitos e obrigações na sociedade internacional, tendo por consequência a Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional Penal do indivíduo pelos Tribunais Penais Internacionais. Em julho de 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, foi aprovado para adoção o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, para punição dos crimes internacionais. A Responsabilidade Internacional do indivíduo e os crimes internacionais são provenientes da construção teórica do direito consuetudinário e do conteúdo das normas *jus cogens*. O princípio da jurisdição universal, o princípio *aut dedere aut judicare* e o princípio da complementariedade sustentam a constituição do Tribunal Penal Internacional, porém, muitos Estados partes, bem como os Estados não partes não cooperam para a repressão e punição dos crimes de lesa-humanidade no âmbito interno ou não realizam a entrega de Chefes de Estado ao Tribunal Internacional sob a alegação de imunidades internacionais. Fatos que inviabilizam a efetividade da Responsabilidade Penal Internacional no atual Direito Internacional Público. Demonstrará a possibilidade de alargamento da jurisdição internacional penal para todos os Estados e a possibilidade de incluir atos terroristas como crimes contra humanidade em prol da Humanização do Direito Internacional Penal.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal, Responsabilidade Internacional do Estado, Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo, Estatuto de Roma, Tribunal Penal Internacional, *Jus Cogens*, Obrigações *erga omnes*, *Aut dedere aut judicare*, Imunidades internacionais, Terrorismo, Humanização do Direito Internacional Penal.

ABSTRACT

From the nineteenth century with the humanization of international law, the human being becomes a subject of rights and obligations in international society, and consequently the International Responsibility of the State for breach of Human Rights and the International Criminal Responsibility of the individual by the Courts International criminal. In July 1998, the United Nations Plenipotentiary Diplomatic Conference was approved to adopt the Rome Statute of the International Criminal Court with permanent criminal jurisdiction, with its own legal personality, to punish international crimes. The International Responsibility of the individual and international crimes are from the theoretical construction of the common law and the content of *jus cogens* norms. The principle of universal jurisdiction, the principle *aut dedere aut judicare* and the principle of complementarity support the establishment of the International Criminal Court, however, many States Parties and States not parties do not cooperate in the suppression and punishment of crimes against humanity internally or do not realize the delivery of Heads of State to the International Tribunal on the grounds of international immunities. Facts that prevent the effectiveness of the International Criminal Liability in the current Public International Law. It demonstrates the possibility of extending the international criminal jurisdiction to all States and the possibility of including terrorist acts as crimes against humanity towards the Humanization of International Criminal Law.

Keywords: International Criminal Law, State of International Responsibility, International Criminal Responsibility, the Rome Statute, the International Criminal Court, *Jus Cogens*, obligations *erga omnes*, *Aut dedere aut judicare*, international immunities, Terrorism, Humanization of International Criminal Law.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CDI	Comissão de Direito Internacional
CNU	Carta das Nações Unidas
CRB	Constituição da República Brasileira
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ETIJ	Estatuto do Tribunal Penal Internacional (permanente)
ETPIJ	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia
ETPIR	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
ONU	Organização das Nações Unidas
TMI	Tribunal Militar Internacional (de Nurembergue)
TMIEO	Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente
TPI	Tribunal Penal Internacional (permanente)
TPIJ	Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	15
1.1- O Direito Internacional Clássico	15
1.2- Mutações sistêmicas e normativas da segunda metade do séc. XX.	23
1.3 - A humanização do direito internacional: principais manifestações de um “regresso às origens”	30
CAPÍTULO 2 – A HIERARQUIZAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO	58
2.1 - Normas Jus cogens	58
2.2 - Obrigações <i>erga omnes</i>	82
2.3 - A individualização da responsabilidade internacional.....	96
CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	107
3.1 - Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo.....	107
3.2 - Fase inicial: Tribunais de Nurembergue e de Tóquio.	117
3.3 - Fase de consolidação: Tribunais <i>ad hoc</i>	129
3.4 - Fase da negociação universal: Estatuto de Roma do TPI.....	139
CAPÍTULO 4 – CLAROS/ESCUROS DA PARTE GERAL	162
4.1- Princípio <i>aut dedere aut judicare</i>	162
4.2 - O instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional e a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro	177
4.3 - O TPI e o princípio da complementariedade	189
4.4 - Exoneração da responsabilidade: imunidades e crimes internacionais 197	
CAPÍTULO 5 – DESAFIOS DA PARTE ESPECIAL	235
5.1 - Crimes internacionais.	235
5.2 - Um ausente/presente no Estatuto de Roma: o crime de terrorismo ...	252
5.3 - Perspectivas de futuro	272
CONSIDERAÇÕES FINAIS	292
BIBLIOGRAFIA	300

INTRODUÇÃO

A fase clássica do Direito Internacional (1648-1918) foi marcada pelo direito à guerra e à colonização – *jus ad bellum* – que regulamentava prioritariamente a relação entre Estados. A fase moderna e contemporânea, a partir da Segunda Guerra Mundial (pós 1945), concedeu maior enfoque para a proteção da pessoa humana, com as limitações ao poder soberano do Estado, restrição ao uso da força, vedação à colonização e a exaltação do direito de guerra – *jus in bello* – Direito de Haia e Direito Humanitário – Direito de Genebra.

Durante a fase clássica do direito internacional, os Estados foram os únicos sujeitos de direito internacional, criadores e destinatários das normas internacionais. A gravidade dos acontecimentos pós Segunda Guerra Mundial elevou a importância de proteção do ser humano por intermédio do surgimento de inúmeras convenções internacionais de proteção dos direitos humanos – Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, Pacto de Direitos Sociais Econômicos e Culturais de 1966, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, dentre outros - bem como a responsabilidade internacional dos Estados por violações de direitos humanos e a responsabilidade internacional penal do indivíduo por crimes internacionais.

A humanização do Direito Internacional e a universalização dos direitos humanos elevou o ser humano como sujeito de direitos e obrigações no Direito Internacional contemporâneo, tendo por consequência a proteção internacional do indivíduo por meio da responsabilização dos Estados com a criação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e a responsabilização penal internacional concretizada pelos Tribunais Penais Internacionais.

Nesta linha, em julho de 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, foi aprovado para adoção o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, para repressão e punição dos crimes internacionais: crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e crimes de agressão.

Alguns entraves jurídicos são questionáveis no que se refere à efetividade da Responsabilidade Internacional Penal de indivíduos de Estados partes e de Estados não partes, bem como no que tange à aplicação e incorporação dos dispositivos do Estatuto

de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro e português, nomeadamente quanto ao carácter supraestatal desse organismo judiciário e quanto à compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto em face da Constituição portuguesa e brasileira.

O trabalho desperta interesse para a sistematização da matéria e para o aprimoramento da incorporação e efetividade da atual responsabilidade internacional penal, principalmente diante da ausência de investigação dos crimes de relevância internacional por parte da estrutura dos Estados em suas jurisdições internas e da proteção concedida aos Chefes de Estado, bem como por crimes realizados por organizações não estatais.

O estudo nesta dissertação tem por objetivo analisar a contribuição que o Tribunal Penal Internacional oferece à Comunidade Internacional na punição de crimes contra os Direitos Humanos, considerados normas imperativas de direito internacional geral – normas *jus cogens*- cometidos por Chefes de Estado de Estados Partes e não Partes, partindo da fundamentação no regresso às origens do Direito Internacional Público, em especial, nos ensinamentos de Francisco de Vitoria. Busca-se a priorização das razões da humanidade em detrimento das razões de Estado.

O estudo parte da pesquisa na doutrina, de casos internacionais e sob as seguintes óticas: doutrina geral, legislação, doutrina específica e jurisprudência. Em um primeiro momento, a doutrina estudada remete às generalidades do Direito Internacional Clássico, posteriormente sobre a Humanização do Direito Internacional e o regresso às origens, analisando a codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal.

A dissertação foi pautada nas origens do Direito Internacional, no Direito Humanitário, no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, na Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos de 1950, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, na Constituição Federal Brasileira de 1988, na Constituição da República Portuguesa de 1976, dentre outros diplomas.

A análise da responsabilidade internacional penal contribuirá para formação de um juízo adequado em relação ao tema central da pesquisa, afastando-se da possibilidade de se chegar a uma conclusão inexata que se poderia alcançar se o estudo ficasse restrito somente à legislação.

O desiderato da pesquisa desenvolvida é sobre a efetividade da responsabilidade internacional penal nos Estados Partes e não partes, com o fundamento no regresso às origens e na humanização do direito internacional para proteção da vítima de crimes internacionais. Bem como, nas normas *jus cogens*, no princípio *aut dedere aut judicare*, na irrelevância das imunidades dos agentes políticos para a devida persecução penal de crimes internacionais.

A dissertação ficou estruturada em cinco capítulos. O primeiro analisa a Humanização do Direito Internacional, nomeadamente a evolução histórica do Direito Internacional Clássico, as mutações sistêmicas e normativas da segunda metade do século XX e as principais manifestações de um “regresso às origens” do direito internacional na perspectiva de Francisco de Vitoria, explicitando o atual entendimento sobre a consciência jurídica universal e a humanização do direito internacional com base no direito natural – *recta ratio*.

No segundo capítulo discutiu-se a hierarquização do sistema normativo, a partir da análise das normas *jus cogens* e das obrigações *erga omnes* e suas relações com a individualização da responsabilidade internacional.

O terceiro capítulo explicita a importância da evolução do Direito Internacional Penal, a Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo e a necessidade de uma jurisdição Internacional Penal para todos os Estados. Analisou-se a fase inicial sobre o aspecto histórico, a constituição e as fragilidades do Tribunal Militar Internacional de Nurembergue e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, posteriormente a fase de consolidação pelos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*: ex-Iugoslávia e para Ruanda. Por fim, a fase de negociação universal: o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional Permanente.

O quarto capítulo centra-se na problematização da parte geral do direito internacional penal, que em razão do direcionamento dado ao tema apenas foram analisados o princípio *aut dedere aut judicare*, o instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional, a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o princípio da complementariedade. Posteriormente, foram analisadas as imunidades internacionais que se subdividem em imunidades funcionais (ou *ratione materiae*) e imunidades pessoais (ou *ratione personae*), em especial, os elementos das imunidades de Chefes de Estado que aparentemente se contrapõem ao artigo 27º do Estatuto de Roma, que

estabelece que o instituto da entrega seja aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial.

Em particular, questiona-se se a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de representante eleito ou de funcionário público eximirá o agente de responsabilidade criminal ou será motivo de redução da pena. Contudo, os ordenamentos jurídicos internos possuem mecanismos e procedimentos diferenciados para a persecução e repressão de crimes por eles praticados, o que *prima facie* traduziria em inaplicabilidade do Estatuto de Roma.

No quinto capítulo explicitam-se os desafios da parte especial em seus aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais sobre crimes internacionais e um ausente/presente no Estatuto de Roma, qual seja, o crime de terrorismo e as perspectivas de futuro para a ampliação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional por intermédio da codificação e do desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Conclui-se sem quaisquer pretensões de exarar verdades definitivas que pudessem ser aplicadas e interpretadas por outrem, pois será estabelecida sempre em respeito às opiniões doutrinárias contrárias, mas em defesa de maior efetividade na responsabilidade internacional penal de Chefes de Estado no Tribunal Penal Internacional como um dos mecanismos de repressão e punição dos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de agressão e de atos terroristas, para proteção universal dos Direitos Humanos das vítimas.

Argumentos servirão para aplicação da responsabilidade internacional penal em casos que envolvam Chefes de Estado em exercício ou não, que façam parte ou não do Estatuto de Roma. O princípio da soberania e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, bem como as antigas e novas percepções do termo soberania buscam justificar o entendimento de que a formação de um Tribunal Penal Internacional permanente não intervém nas instituições nacionais.

O princípio *aut dedere aut judicare* reforça a idéia de que primeiramente o Estado é obrigado a entregar o acusado ou a iniciar uma ação penal, e caso não ocorra no tempo razoável ou ocorra com imparcialidade do Poder Judiciário, o Tribunal Penal Internacional deve intervir e pode responsabilizar os agentes de Estado que não contribuam com esse objetivo, bem como membros integrantes de organizações não estatais. Esse arcabouço de princípios explicitam a tese de subsidiariedade do Tribunal Penal Internacional e a necessidade de aplicação dos Princípios da Cooperação Internacional e da Complementaridade.

Vislumbra-se ainda a questão da efetividade do levantamento da imunidade de direito internacional e de direito interno para agentes políticos que cometam os crimes previstos no Estatuto de Roma: crimes de *jus cogens*.

Por fim, o regresso às origens do direito internacional, a humanização do direito internacional, a proteção do ser humano, o respeito às normas *jus cogens* e a cooperação internacional para o levantamento das imunidades de Chefes de Estado, a ampliação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional para todos os Estados e para atos de terrorismo são elementos para a aplicabilidade e efetividade do Estatuto de Roma e da Responsabilidade Internacional Penal no atual Direito Internacional.

CAPÍTULO 1 - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

1.1- O Direito Internacional Clássico

Na antiguidade, sob a perspectiva filosófica e jusnaturalista, o ser humano é considerado em sua igualdade essencial como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes. A Idade Média também marcou a origem dos direitos fundamentais, pois se constata uma nova densidade ao conceito de dignidade humana em que todos os homens são filhos de Deus e iguais em dignidade e são os únicos seres de amor ao próximo¹.

Nesse sentido da primazia da dignidade do indivíduo perante o Estado, tem-se o surgimento de um Direito Internacional ausente da formação de uma estrutura estatal. Isso porque o direito internacional nasce como direito intersocial ou intergrupar a reger as sociedades políticas que já existiam desde a Antiguidade, ainda que sem um verdadeiro sistema jurídico. A Europa contribuiu para a edificação de um conceito de direito internacional, nomeadamente influenciado pelos princípios da civilização cristã².

Ainda na antiguidade, as relações comerciais entre os Impérios do Oriente, o Egito e a Babilônia, cerca de 3000 a.C., traduz a ideia de um direito internacional por meio da existência e do desenvolvimento desses contatos, por intermédio de tratados baseados na igualdade, que refletiam a regra do “*Pacta sunt servanda*” garantida por juramentos religiosos prestados pelas partes contratantes quando da conclusão da obrigação³.

A doutrina também indica antecedentes remotos nos tratados celebrados entre as cidades da Mesopotâmia, Lagash e Umma (2100 a.C), bem como tratado de pérola concluído entre o Faraó Ramsés II do Egito e Hattusili III, o Rei dos Hititas cerca de 1270 a.C. que fixava os princípios de uma aliança, reforçada na cooperação baseada no princípio da reciprocidade, nomeadamente em matéria de extradição e refugiados políticos. Os tratados de suserania do império hitita (1450-1200 a.C) são considerados antecedentes dos tratados internacionais, com o objetivo de estabelecer uma relação

¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª Edição. Editora Almedina: Coimbra, 2009, p. 17-37.

² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 36-73. PAS, Liu Tchoan. *Le droit des gens et de la Chine antique*. Paris, Jouve, 2 volume, 1926.

³ *Idem*.

duradoura entre o imperador hitita e os monarcas vassallos e formados por preâmbulo e identificação do grande rei, prólogo histórico, estipulações, depósito de uma cópia do tratado no templo do suserano e do vassallo, lista de deuses invocados como testemunhas, maldições e bênçãos⁴. Também a rede de relações diplomáticas por intermédio de cartas escritas em idioma babilônico entre enviados reais que gozavam de privilégios especiais, a exemplo das cartas de Armana entre Assírios e Persas, demonstra a existência de um direito internacional sem Estados e que os tratados e a diplomacia tornam-se instrumentos essenciais nas relações internacionais da antiguidade até os dias atuais.

A realidade histórica do povo de Israel, por meio da Bíblia, presente no Antigo Testamento, Bíblia Hebraica, o pensamento judaico iria influenciar no direito internacional como código ético universal, assente nos valores da verdade, da justiça, da paz e não na força das armas. “A religião, juntamente com o costume e com a razão, era um mecanismo fundamental de garantia do direito internacional da antiguidade”.⁵

Em meados do século IV a.C., na Grécia, o isolamento e a desconfiança em relação aos estrangeiros, bem como a guerra entre as cidades de Esparta e de Atenas surgiu a necessidade de serem instituídos tratados de paz, a exemplo da paz de trinta anos entre ambas as cidades e de paz perpétua com a Pérsia em 386 a.C.⁶ Bem como forneceu elementos remotos de responsabilidade, a exemplo da guerra de Peloponeso, depois da batalha de Aegospotami, o comandante espartano Lisandro organizou um tribunal informal de Esparta e seus aliados que condenou os prisioneiros atenienses por violação do direito da guerra⁷.

No que tange à concepção romana das relações internacionais, tem-se a Liga latina firmada em condições de igualdade entre Roma e as cidades do Lácio, o Tratado *feudo aequum* entre Roma e Cartago no intuito de preservar a paz por meio da troca de zonas de influência, de concessões mútuas e de promessas recíprocas de proteção. Porém, diante da superioridade romana após a conquista de Cartago, Grécia, Ásia e Egito, Roma não sentiu a necessidade de tratar os outros povos como iguais, dessa

⁴ MACHADO, Jónatas. Direito internacional: do paradigma clássico ao pós – 11 de Setembro. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª Edição, 2013, p. 57.

⁵ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 59.

⁶ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 38.

⁷ MACHADO, Jónatas, 2013, p.61.

forma, têm o direito internacional romano enquanto estabelecido unilateralmente por Roma⁸.

Nessa linha do direito internacional estabelecido unilateralmente por Roma surge o *jus fetiale* e o *jus gentium*. O primeiro é de natureza religiosa, pois as relações internacionais mereciam proteção divina, confiadas a religiosos e a sacerdotes que eram verdadeiros embaixadores romanos, bem como instituía o conceito de guerra justa, segundo a qual era aquela determinada apenas por Roma.

O *jus gentium* ou direito das gentes nascido da obra dos juristas no fim da República e no início do Império, em razão dos contatos com outros povos, surgia a necessidade de criar um novo direito, diferente do direito aplicado aos cidadãos romanos (*jus civile*), a ser aplicado precipuamente nas relações comerciais entre romanos e não-romanos. Nasce então uma ideia fundamental de que deveria existir um direito comum da humanidade para ser aplicado a todos os povos baseado na razão universal⁹. Destaca-se o Imperador Marco Aurélio que tendo como ideal a adesão a uma lei moral universal de natureza racional, ou seja, se a razão é comum a todos, também o deve ser o direito. O *jus gentium* irá desbancar o *jus civile* e aplicar-se de forma universal a todo o Império, fundindo-se no direito natural¹⁰.

O cristianismo influencia o universalismo e o ideal de relacionamento humano baseado no amor a Deus e ao próximo. Suscita o sentimento pessoal de fé por parte do indivíduo que contribuirá para a dignidade individual e consciência de igualdade essencial entre os homens. Suscita o dever de obediência a Deus, cuja lei se encontra acima de todas as autoridades humanas; a solução pacífica de conflitos por via das palavras e o ideal universalista cristão em que “não há diferença entre judeus e não judeus, entre escravos e livres, entre homens e mulheres”. “A evolução histórica do direito internacional público é essencialmente o produto da civilização judaico-cristã europeia, acompanhada de uma forte influência grego-romana”¹¹

Na Idade Média, a contribuição de Agostinho de Hipona (354-430 d.C) no escrito *Contra Faustum*, tratava da *ultima ratio* do recurso à força em situações muito graves, apresentava a futilidade da procura humana da paz entre os povos, quando se baseia exclusivamente no objetivo de fruir os bens mundanos, pois essa paz chegaria

⁸ *Ibid*, p. 39.

⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 40. GANSHOF, François-Louis. *L'histoire des relations internationales*. Hachette, 1953, p. 331.

¹⁰ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 61-62

¹¹ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 62-63.

invariavelmente como recurso à guerra. Para ele, a lei natural foi divinamente inscrita no coração dos homens¹².

Ocorre que o universalismo cristão é gradualmente preterido em favor de dimensões institucionais e jurídicas do imperialismo romano. O Bispo de Roma começa se definir como *Dominus Mundi* reclamando o poder de proceder ao reconhecimento de Reinos e Monarcas, de distribuir terra e o mar e de declarar guerra justa¹³. A soberania papal se pautava na teoria dos dois gládios, sendo o gládio o símbolo do poder, é o papa que originariamente recebe diretamente das mãos de Deus, quer o gládio do sacerdote, quer o gládio secular. Baseada no *Dictatus Papae* que defende a soberania papal e considera a Igreja como uma verdadeira estrutura de monarquia estatal¹⁴.

O papa afirmava o seu poder de jurisdição sobre todos os príncipes cristãos e de estabelecer o direito ao exercício obrigatório da mediação ou da arbitragem no caso de conflito entre estes, além do poder de depor os príncipes pecadores, de derrogar as leis e costumes dos príncipes contrários à lei divina, visto ser o defensor supremo da fé.

A sociedade era ordenada a partir de uma base econômica e social fundiária, estamental e feudal, com relações de hierarquia e vínculos pessoais de servidão, lealdade e proteção que concedia um status de dignidade para cada grupo social. A estrutura social feudal compreendia a ordem natural divinamente estabelecida¹⁵.

No que se refere ao direito da guerra, o desenvolvimento do conceito de guerra justa, abrangendo o chamado direito de intervenção religiosa, a proibição de escravidão de cristãos, os princípios reguladores dos meios empregados, a proibição de guerra privada, sendo necessária a autorização do monarca e, em caso de guerra entre monarcas cristãos, procuravam a autorização do Papa. No que se refere ao direito dos tratados, o princípio *pacta sunt servanda* era válido, porém possuía os seus limites nos interesses eclesiásticos, inaplicável aos tratados celebrados com infiéis. O desenvolvimento do direito de legação, da formação das embaixadas e da respectiva inviolabilidade pessoal, de edifícios e de correspondências também foi outro aspecto importante para o direito internacional público a partir da missão evangelizadora da cristandade¹⁶.

¹² MACHADO, Jónatas, 2013, p.63. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público, I*, Lisboa, 1998, p.40-45.

¹³ MACHADO, Jónatas, 2013, p.65.

¹⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público, 2ª edição*, tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 41-42.

¹⁵ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 67.

¹⁶ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 68-69.

No fim da Idade Média, com o emprego da arbitragem, da expansão normativa sobre as relações diplomáticas e comerciais se desenvolve a diplomacia com a criação dos Ministérios dos Negócios Estrangeiros e das embaixadas permanentes e uma regulamentação comum a toda a Europa da função diplomática e dos privilégios e imunidades diplomáticas, em especial a inviolabilidade pessoal¹⁷.

O período decisivo na formação do direito internacional interestadual foi no pós Reforma Protestante com regras sobre a utilização do mar, da aquisição de terras e ao direito à guerra, inclusive guerra marítima. Contudo, tais regras permanecem dispersas e fragmentárias, não constituindo um conjunto normativo coerente, mas que é utilizado para um sistema interestadual¹⁸.

Segundo Jean Bodin na obra de 1576 *Les six livres de la Republique* o Estado destinava-se a servir e consolidar o poder real. O Estado é a *Res publica*, é o justo governo das famílias, é o poder soberano. Soberania una e indivisível, perpétua e suprema que, segundo a época monárquica, era monopólio de um monarca hereditário. Trouxe então a ideia de soberania interna (soberania no Estado) e soberania externa (soberania do Estado).

Posteriormente, os Tratados de Vestefália podem ser considerados o ponto de partida para a evolução do direito internacional. Estes tratados puseram fim à Guerra dos Trinta Anos por intermédio do Tratado de Osnabrück de 14 de Outubro de 1648 entre o Império germânico e a Suécia e o de Münster de 24 de Outubro de 1648 celebrados entre Fernando II e Luis XIV, designado como “Tratado de Paz entre o Sacro Imperador Romano e o Rei da França e os seus respectivos aliados”, conhecido por ser a primeira afirmação da tolerância religiosa no plano internacional. Tratados bilaterais que representavam uma Carta Constitucional da Europa ao consagrar a dupla derrota do imperador e do papa, a legalizar formalmente o nascimento de novos Estados soberanos e independentes, sob o qual o imperador mantém apenas autoridade nominal¹⁹.

Os Tratados de Vestefália estabeleciam os primeiros elementos de um direito público europeu. A soberania e a igualdade dos Estados são reconhecidas como

¹⁷ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkaian, Lisboa, 2003, p. 41-42.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 74. FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 30. PEREIRA, André Gonçalves Pereira; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª Edição, Almedina: Lisboa, 2011, p. 19-38. LOPES, José Alberto Azeredo. *Textos históricos do direito e das relações internacionais*. Gabinete de estudos internacionais, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999, p. 37- 43.

princípios fundamentais das relações internacionais, previa-se um recurso ao processo de um tratado fundado no acordo dos Estados participantes e um mecanismo para assegurar a manutenção da nova ordem europeia²⁰.

Nesse sentido, Jonatas Machado explicita a importância do modelo de Vestefália para o *Ius Publicum Europaeum*, ao trazer a centralidade da figura do tratado internacional na conformação das relações entre Estados, consolidando a tradição dos grandes tratados e conferindo relevo estruturante do direito internacional aos valores de igualdade soberana e da voluntariedade das relações internacionais que o mesmo este consubstancia. O Modelo de Vestefália corresponde a um direito internacional alicerçado no princípio da igualdade soberana dos Estados. Trata-se da base do surgimento, no centro e norte da Europa, de uma pluralidade de Estados independentes, reclamando o exercício de poderes soberanos absolutos dentro do seu território, nos domínios político e religioso, independente de interferências do Papa e do Imperador, acolhendo as teorizações do Estado e da soberania empreendidas por Nicolau Maquiavel e Jean Bodin. Introduziu o princípio da tolerância religiosa no centro da construção normativa e doutrinal do direito público nacional e internacional, dando razão a Hugo Grócio quando este afirmava as relações de dependência recíproca que se estabelecem entre a garantia da tolerância religiosa e o respeito ao direito internacional. Lançou bases para a desconfessionalização e secularização da política, do Estado e do direito nacional e internacional a partir dos princípios de direito natural universalmente válidos racionalmente acessíveis a todos os indivíduos, por meio dos princípios da autonomia individual, da democracia e do Estado de direito²¹.

A persistência do Estado soberano leva ao sistema interestadual. Porém, as relações comerciais, as guerras e os tratados de paz no decorrer da história ampliam a ideia de solidariedade internacional que além de uma simples tomada de consciência, fez aparecer a necessidade da cooperação e do esforço coletivo entre os Estados com objetivo de solucionar problemas de interesse comum.

²⁰ A Paz de Vestefália: Tratado de Paz entre o Imperador e a França: Artigo II “Haverá de parte a parte perpétuo esquecimento, amnistia ou perdão por tudo o que tiver sido cometido desde o início destas perturbações, qualquer que seja o local, ou qualquer que seja a forma como foram praticadas (...)” e Artigo III “E que uma Amizade recíproca entre o Imperador e o Cristianíssimo Rei, os Eleitores, Príncipes e Estados do Império possa ser mantida de forma tão firme e sincera que nenhum nunca assistirá no presente e no futuro inimigos do outro propósito de qualquer título ou pretensão que seja, com armas, dinheiro, soldados ou qualquer tipo de munições (...)”. LOPES, José Alberto Azeredo, p. 39-43.

²¹ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 75-76. FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 30-38.

A Europa conheceu a concentração de poder pela Monarquia Absolutista, entretanto, a primazia do indivíduo sobre o Estado Absolutista e a sociedade construída contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais possibilitou a realização dos direitos dos homens, nomeadamente a partir das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789. Esse período é decisivo para o reinício das relações internacionais, a exemplo do Congresso de Viena (1814-1815) com a celebração da Santa Aliança envolvendo as potências europeias da Prússia, Rússia e Áustria com o fim de travar a hegemonia que a França havia adquirido a partir de 1648²².

A nova ideologia da soberania nacional nascida das revoluções americana e francesa não põe em causa nem o Estado soberano, nem o sistema interestadual. Isso porque o princípio da soberania surge com o poder no Estado, mas a soberania nacional passa a ser de domínio da nação e não do príncipe. Já não é Estado senhorial ou patrimonial e sim o Estado nacional que está a serviço da nação cujas necessidades devem satisfazer.

O titular da soberania é a nação que não está submetida a nenhum poder superior, é o Estado Nacional. Predomina o princípio das nacionalidades que provém do direito dos povos à autodeterminação, de constituir um Estado independente.

Ocorre que a distinção entre grandes e pequenas potências leva a uma verdadeira violação dos princípios tradicionais da soberania e da igualdade entre Estados, quando as grandes potências atribuem para si próprias o papel preponderante na resolução de problemas de interesse comum. A partir desse momento, nascem os esforços de institucionalização e criação de uma organização internacional capaz de prevenir e resolver os conflitos de interesses entre seus membros.

Nessa linha, a criação da Cruz Vermelha em 1863, em reação à batalha de Solferino, no contexto de unificação italiana e em 1864 o início do direito humanitário, ou seja, um conjunto de leis e costumes de guerras com o objetivo de reduzir o sofrimento de soldados, doentes e feridos, introduzindo a “humanização da guerra”²³. A Convenção de Genebra de 1864 buscava “melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha”, estendendo seus princípios aos conflitos marítimos, as Conferências de Haia de 1899 e a criação do Tribunal Permanente de Arbitragem de 1907.

²² MACHADO, Jónatas, 2013, p. 83.

²³ *Idem*.

O aumento dos tratados internacionais e o recurso à arbitragem leva a doutrina a preocupar-se mais com o positivismo do que com o direito natural, considerado neste momento como vago e controverso. O direito das relações entre Estados é produto da vontade dos Estados. O positivismo jurídico é predominante no direito internacional na segunda metade do século XIX até o fim da primeira guerra mundial²⁴

A Primeira Guerra Mundial permitiu a construção de um poder internacional de direito superior, a Sociedade das Nações, criada pela Conferência de Paz de Versalhes de 1919, que nasce com o objetivo de manter, em tempo de paz, a solidariedade dos povos democráticos e impedir uma nova guerra. O Pacto da Sociedade das Nações baseado em aspectos jusnaturalistas e juscontratualistas tinha por objetivo codificar e sistematizar o direito internacional para maior certeza e segurança, em especial para proteção de minorias étnicas. Outras importantes referências são a criação em 1921 do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, substituído em 1946, pelo Tribunal Internacional de Justiça, e a criação da Organização Internacional do Trabalho para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo²⁵.

Nesse período vislumbra-se a repressão ao tráfico de escravos (Convenção de Genebra sobre a escravatura em 1926), o Pacto de Briand-Kellogg de 1928 que estabelece a condenação do recurso à guerra como meio de resolver conflitos internacionais, que tem servido de base à Carta das Nações Unidas bem como a proteção aos prisioneiros de Guerra (Convenção de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra de 1929) que em 1880 transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha²⁶.

O modelo clássico do direito internacional apresentava uma estrutura interestadual situada num plano paritário, inexistindo órgãos próprios capazes de controlar o comportamento dos seus sujeitos. Aos Estados enquanto únicos sujeitos de Direito Internacional, não eram impostos constrangimentos a sua atuação concreta, baseada na liberdade irrestrita. Os princípios e normas de Direito Internacional eram de eficácia limitada, pois possuíam o objetivo de assegurar a repartição de poder entre os membros da sociedade internacional, privilégios e imunidade diplomáticas,

²⁴ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 86.

²⁵ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 88-89.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3ª Edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2004, p.169-208.

responsabilidade internacional relacionada à proteção de estrangeiros, o recurso à guerra como faculdade discricionária dos Estados e liberdades do alto mar²⁷.

1.2- Mutações sistêmicas e normativas da segunda metade do séc. XX.

A Segunda Guerra Mundial de 1939 a 1945 demonstrou o fracasso da Conferência de Versalhes e das questões analisadas no pós 1ª Guerra, bem como a morte de mais de 60 milhões de civis e militares e mais de 40 milhões de refugiados, fato que comprovava que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos para a reorganização das relações internacionais e não penas de tratados bilaterais.

Neste período, verifica-se a necessidade de atribuir ao direito internacional um aspecto universalista ou internacionalista dos direitos do homem e da valorização do indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional. Assim, latente era a necessidade de criar na comunidade internacional e mecanismos jurídicos capazes de proteger os sujeitos na ordem internacional²⁸.

Em contraposição à Sociedade das Nações criada no pós 1ª Guerra como uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 a Organização das Nações Unidas objetivou colocar a guerra definitivamente fora da lei e nasceu como organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer todas as nações do globo na defesa da dignidade humana.

A ONU nasceu com a chamada “Carta do Atlântico” assinada pelo Presidente Roosevelt e o Primeiro-Ministro Winston Churchill em 1941, que posteriormente foi incorporada à Declaração das Nações Unidas em 1942 e assinada por 51 países ao término da Conferência de São Francisco em 1945. Os direitos humanos foram concebidos como liberdades individuais, a Declaração traçou o objetivo de promover o progresso econômico e social de todos os povos e aprovou o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos para promoção e proteção de Direitos Humanos.

Em 1948, a Comissão de Direitos Humanos²⁹ aprovou o projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos por intermédio da Assembleia Geral das Nações

²⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 30-32.

²⁸ LAUTERPACHT, *The international Protection of Human Rights, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1947, p. 10-109.

²⁹ A Comissão de Direitos Humanos deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas: elaborar uma declaração de direitos humanos de acordo com o art. 55 da Carta das Nações Unidas, produzir um documento mais juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração – um tratado ou convenção -

Unidas. Também, em 1966, aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O primeiro deles apresentou um Protocolo Facultativo que atribui ao Comitê de Direitos Humanos a função de receber e processar denúncias de violação de direitos humanos formuladas por indivíduos contra qualquer Estado-Parte. Ambos os documentos afirmam o reconhecimento internacional dos valores supremos de igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens e cristalização de direitos efetivos dos indivíduos e da dignidade humana.

Ademais, diversas Convenções foram assinadas diante da necessidade de proteção dos direitos humanos e prevenção e repressão de crimes em escala internacional como a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, as Convenções de Genebra sobre a proteção das vítimas de conflitos bélicos de 1949, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, Convenção de Genebra sobre o Alto Mar alterado pela Convenção de Montego Bay de 1982, o que demonstra a relevância na proteção e afirmação dos direitos dos indivíduos em âmbito internacional.

Quanto às fontes do direito internacional, os tratados multilaterais são instrumentos relevantes para a proteção do indivíduo, contudo, o modelo da Carta das Nações Unidas trouxe uma expansão das fontes: o costume, os princípios gerais do direito, e as resoluções das organizações internacionais. Os direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 correspondem ao que os costumes e princípios reconhecem hoje como exigências básicas do respeito à dignidade da pessoa humana, sem necessidade de ratificação expressa de documentos.

A própria Corte Internacional de Justiça ao julgar o caso de retenção de funcionários, como reféns, que trabalhavam na embaixada norte-americana, em Teerão, entenderam que “privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos”³⁰.

e criar mecanismos adequados para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar dos casos de violação.

³⁰ *International Court of Justice Reports*, 1980, p.42.

Nessa linha, André de Carvalho Ramos dispõe que, além de dezenas de convenções regionais e universais, reconhecem-se outras normas protetoras de direitos humanos oriundas do costume internacional e dos chamados princípios gerais do direito. Muitos desses costumes originam-se das resoluções da Assembleia Geral e das deliberações do Conselho Econômico Social da ONU. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – Resolução 217 A III – não possui força vinculante, porém, após décadas de prática internacional, é reconhecida como espelho de norma costumeira de proteção dos direitos humanos e ainda elemento de interpretação, conforme o entendimento da Corte Internacional de Justiça³¹.

Nessa fase do direito internacional, não se pode entender que a formação das normas internacionais ocorre apenas por meio da manifestação dos Estados de maneira formal e regulamentada. Evidente que se tornou difícil a compatibilização entre a excessiva morosidade da formação dos costumes e a crescente exigência de rapidez e prontidão que a realidade social coloca ao direito internacional. É nesse momento que a formação do costume se torna mais célere e surge um sentimento mais aprofundado de obrigatoriedade jurídica³².

Segundo Roberto Ago, é necessário resgatar o direito espontâneo, presente na sociedade, embora não proveniente de nenhuma fonte específica. Dessa maneira, o ordenamento jurídico internacional incluiria os costumes, os princípios gerais do direito, além dos tratados formalmente assinados³³.

A crítica que se faz é como identificar o direito consuetudinário. Qual o método utilizado para estabelecer a norma jurídica internacional sem estar formalmente ratificada pelos Estados, principalmente pós 2ª Guerra Mundial? O método utilizado seria o procedimento indutivo que constataria que o costume se aplica como regras de direito na sociedade e que esses indivíduos possuem consciência da sua existência.

A questão é como se processa a indução. Quem interpretará a consciência jurídica universal ou as necessidades sociais para proteção dos direitos humanos? Em uma visão individualista, poder-se-ia preservar apenas a esfera de atuação dos Estados, os quais somente se obrigam internacionalmente após a ratificação do instrumento

³¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 28.

³² FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 45.

³³ AGO, Roberto. *Droit positif et droit international*. *Annuaire Français de Droit International*, 1957, V. III, p. 41-62.

jurídico internacional – tratados internacionais. Não pode ser o entendimento nessa fase do direito internacional público.

Na defesa dos Direitos Humanos, na proteção da comunidade internacional diante dos crimes internacionais e diante da evolução doutrinária acerca da Humanização do Direito Internacional, da Teoria Geral dos Direitos Humanos, do Processo Internacional dos Direitos Humanos, bem como diante da formação dos organismos internacionais, deve-se adotar a proteção do ser humano como um ser natural e racional. A objetividade da sociedade mundial, a modernidade e o cientificismo objetivista devem prevalecer contra a subjetividade da liberdade de autoexpressão individual dos Estados e o positivismo excessivo do direito internacional clássico.

Em 1966, a Corte Internacional de Justiça enfatizou que os princípios de direito humanitário são princípios elementares da humanidade, pelo que todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, ainda que não tenham ratificado todos os tratados que estabeleçam proteção aos Direitos Humanos, e constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário³⁴.

A crítica que se faz é que as normas de fontes não convencionais servem apenas para preencher os vazios normativos gerados pela ausência de adesão por parte dos Estados e não possuem a segurança jurídica do texto convencional. Também, questiona-se que nem todos os direitos humanos são normas consuetudinárias ou princípios gerais do Direito Internacional. Porém, o consenso em torno do direito à vida e seus desdobramentos – combate ao crime, responsabilização internacional, proteção da integridade física e psicológica da humanidade - é internacional, principalmente pós-segunda guerra mundial³⁵.

Retomando o entendimento do direito internacional pós-segunda guerra, é imprescindível analisar os elementos que devem estar presentes na norma

³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 29. A Escola pragmática surgiu para conciliar a doutrina positivista e a objetivista, pois entende que a norma do Direito é produto da vontade, aliada à razão ou à necessidade social, segundo o utilitarismo e precursor de Jeremie Bentham. Nesse entendimento, os costumes internacionais são produtos da soberania que resultam de uma causa primária que é o consentimento tácito dado pelos Estados e possuem força oriunda da utilidade social somada ao elemento de justiça social. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 294.

consuetudinária para que o fato social adquira força normativa, ou seja, a formação das regras costumeiras é um fenômeno essencialmente sociológico.

A regra costumeira trata-se de um equilíbrio de forças internacionais diante de um determinado problema internacional criado por uma consciência jurídica coletiva da necessidade social - fundamento de validade *erga omnes* dos costumes. Apesar das diferenças de poder e culturais entre os Estados, a sua maioria deve inclinar-se perante a análise das necessidades sociais proposta pelas grandes potências, principalmente a necessidade de proteção da vida.

O processo consuetudinário apoia-se na atuação – positiva/negativa ou expressão de opinião sobre legalidade e oportunidade do ato - dos sujeitos de direito internacional - Estado, organizações internacionais, tribunais internacionais, organizações não governamentais e pessoas privadas - por intermédio de atos jurídicos internos e internacionais³⁶.

Georges Scelle entende pela possibilidade de os sujeitos de direito internacional, que não sejam os Estados e as organizações internacionais, estarem pelos seus comportamentos na origem das regras consuetudinárias. Como por exemplo, o comportamento de organizações não governamentais – as regras da Cruz Vermelha que regulamenta o conflito armado - dos movimentos de libertação nacional e de secessão³⁷.

Também os atos das organizações internacionais representam um direito costumeiro tanto por suas práticas internas como pelo comportamento nas relações internacionais. Diante do objetivo desta tese, verifica-se que as organizações participam da formação do direito internacional por intermédio das resoluções, das convenções e de um conjunto de relações com os outros Estados que refletem a formação do direito consuetudinário.

³⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, ob. Cit. P. 294-295. No caso Lotus, em 1927, a Corte Permanente descreveu os dois termos em questão. O acidente em alto mar entre uma embarcação turca – Bozkourt – e uma embarcação francesa – Lotus causou a morte de oito tripulantes turcos e a Turquia condenou a prisão e multa o oficial francês. Ocorre que a França contestava que os atos ocorridos em alto mar são de jurisdição da bandeira do navio, porém caberia a ela provar a existência do princípio ou norma consuetudinária que impedisse a Turquia de atuar. Analisando os precedentes, a Corte entendeu que não houve demonstração pela França de que tenha ocorrido a consciência do dever de se abster, ou seja, não ficou provada a consciência de que a Turquia deveria se abster em virtude da jurisdição ser da bandeira do navio. Portanto, a Corte entendeu que não houve - *opinio juris* - a manifestação do consentimento do Estado Turco em obrigar-se a uma norma, mas não afastou a possibilidade de considerar como precedentes atos jurídicos internos relacionados à plataforma continental e zonas de pesca para formação do direito costumeiro.

³⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 296-297.

A repetição das operações de manutenção de paz das Nações Unidas representa um corpo de regras consuetudinárias provenientes das resoluções do Conselho de Segurança, dos acordos entre Estados e das práticas observadas no terreno segundo as diretrizes do Secretário Geral. As decisões, recomendações e opiniões consultivas das Cortes internacionais sobre a responsabilidade estatal também deflagram normas consuetudinárias que servem de substrato para o entendimento da responsabilidade internacional.

Importante mencionar que a repetição é a condição da consolidação da prática, senão seria impossível falar de uso, sendo essa prática constante, uniforme e sem alteração. A uniformidade é a concordância de atos sucessivos de Estados ou de organizações internacionais de maneira semelhante por um lapso de tempo que de acordo com a Corte Internacional de Justiça, *o fato de apenas ter ocorrido um breve lapso de tempo não constitui em si impedimento à formação de uma nova regra de direito internacional consuetudinário*³⁸.

Segundo Henckaerst, a prática dos Estados deve ser tida em conta de acordo com duas perspectivas: em primeiro lugar, determinar que prática contribua para a criação de direito internacional consuetudinário e, em segundo lugar, determinar se essa prática cria uma norma desse direito. Os atos materiais dos Estados incluem, por exemplo, o comportamento no campo de batalha, a utilização de certas armas e o tratamento dado às diversas categorias de pessoas. Os atos verbais incluem a jurisprudência nacional, as instruções às forças armadas e de segurança, as comunicações militares durante uma guerra, as notas diplomáticas de protesto, as decisões e regulamentos executivos, as alegações perante tribunais internacionais, as declarações em organismos e conferências internacionais e as tomadas de posição dos Governos sobre as resoluções de organizações internacionais³⁹.

A proliferação de tratados multilaterais para a manutenção da paz, o combate a crimes internacionais e a responsabilização individual penal são imprescindíveis para

³⁸ Plataforma continental do Mar do Norte, Rec. 1969, p.43 in DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 298. O artigo 38 do Estatuto da CIJ indica que as normas costumeiras gerais resultam da prática geral e não de uma prática unânime, exceto nos casos de costumes bilaterais, os quais existem a necessidade de unanimidade, visto que se trata de diretos e obrigações recíprocas. Quando é apresentada a prova de um costume local, não é necessário indagar se o costume internacional geral ou os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas podem levar ao mesmo resultado.

³⁹HENCKAERTS, Jean-Marie. *Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário: uma contribuição para a compreensão e respeito do direito dos conflitos armados*. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/assets/files/other/review-857-p175.pdf>. Acesso em 05 de Janeiro de 2014.

uma sociedade internacional globalizada, porém, a proteção internacional dos direitos humanos não pode depender exclusivamente da aceitação expressa e formal dos Estados.

Trata-se de um novo modelo de direito internacional, o de cooperação entre todos os membros da comunidade internacional⁴⁰. Verifica-se também um modelo de subordinação dos Estados e o alargamento dos sujeitos tradicionais do direito internacional diferente do modelo clássico das relações entre Estados, bem como a proliferação das organizações internacionais, com privilégios e imunidades e o indivíduo como sujeito de direito internacional - pessoa física ou coletiva. A partir da segunda metade do século XX, predomina a busca pela paz como um bem público; a proteção da dignidade da pessoa humana, pela adoção de inúmeras convenções internacionais para proteção de direitos e liberdades fundamentais de todos os homens e a universalização da responsabilidade internacional⁴¹.

A humanização do direito internacional e a universalidade dos Direitos Humanos em harmonia com a comunidade jurídica internacional pós 2ª Guerra Mundial indica que a proteção do ser humano deve ter o maior número de destinatários, sem preconceito de raça, cor, sexo, idade, nacionalidade, condição social ou submissão ao regime político de determinado Estado⁴². Também a proteção dos seres humanos não pode depender somente das convenções internacionais formalmente ratificadas pelos Estados, mas sim dos costumes internacionais e dos princípios gerais do direito.

O direito internacional contemporâneo parece estar evoluindo para um ideal de edificação de uma comunidade internacional concebida como república mundial, edificada como federalismo livre de direito internacional e povoada por cidadãos do mundo. Essa *civitas maximae* seria constituída por indivíduos livres e iguais, estabelecendo formas de cooperação alicerçadas nos princípios de justiça. Os indivíduos são vistos como fins em si mesmos e no direito internacional, os Estados e as organizações internacionais são meios para promover e defender os direitos humanos, por intermédio de princípios de justiça racionalmente aceitáveis por todos os Estados democráticos baseados no valor da dignidade da pessoa humana⁴³.

⁴⁰ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 101.

⁴¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 38-55.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁴³ MACHADO, Jónatas, 2013, p. 92-93.

1.3 - A humanização do direito internacional: principais manifestações de um “regresso às origens”.

García-Villoslada e Beltrán de Heredia notaram a educação humanista de Francisco de Vitoria desde seus primeiros dias no convento de San Pablo em Burgos e nos seus anos na Universidade de Paris, onde foi exposto e demonstrado um grande interesse no humanismo e erudição clássica. Uma infinidade de autoridades clássicas e humanistas sistematicamente citadas em seus escritos, atestando tanto seu conhecimento e aprendizado nestes domínios, e uma propensão em parte de Vitoria para uma abordagem eclética ao discurso teológico. Cícero, Lactantius, Quintiliano, Sêneca, Virgílio, Horácio, Gaio, Ulpiano, Platão e Aristóteles, entre outros, formam o recurso intelectual que inspirou Vitoria em preocupação profunda para a aplicação prática da teologia para alguns dos problemas mais importantes da época: a questão da guerra e da paz entre os príncipes cristãos; a legitimidade dos objetivos e métodos da conquista espanhola; o tratamento e direito dos índios. Belda e outros autores viram nesses temas, e na orientação prática da filosofia moral de Vitoria uma apreciação essencial para o homem e para os valores humanos. A teologia de Vitoria reflete as preocupações humanistas do Renascimento e a tentativa de se desfazer de elementos conservadores que teriam impedido de solucionar os problemas sociais e políticos da Europa do século XVI. Ao fazer isso, ele conseguiu introduzir muitos dos que considerava ser as melhores características do humanismo e da teologia tomista ⁴⁴.

Vitoria (1483 / 1546) ⁴⁵ foi o fundador da 'Escola de Salamanca' - Escola Ibérica de Direito Natural⁴⁶, tendo como principais discípulos Domingo de Soto e Luís de

⁴⁴ VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 114-115. O texto faz referência a García-Villoslada, *La Universidad de París*, 320; Beltrán de Heredia, *La Formación Humanística*, 58; Orientación Humanística, 46-52, Belda Plans, *La Escuela de Salamanca*, 257.

⁴⁵ Vitoria é o fundador da escola espanhola de direito natural e, com pioneirismo, do direito natural das gentes *em perspectiva internacional* ou *das relações entre os povos*. Vitoria apresenta o reflexo da orientação teológica e filosófica mais marcante do catolicismo ibérico do século XVI. As obras relevantes sobre a reação aos problemas originados pela conquista e colonização da América são, em especial, *De indis recenter inventis relectio prior* (1538-1539) e *De indis recenter inventis relectio posterior* ou *De iure belli* (1539). PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e Ius: Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos segundo Francisco De Vitoria (1483-1546)*. Teocomunicação, Porto Alegre, v. 42, n. 2 p. 376-401, jul./dez. 2012.

⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. *Luís de Molina e a escravização dos negros*. Análise Social, vol. XXXV (157), 2001, 937-960. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. A Escola Ibérica de Direito Natural desenvolveu-se à volta das universidades hispânicas da Contra-Reforma, especialmente Salamanca, Valhadolide, Coimbra e Évora. Os seus representantes são, quase todos, religiosos jesuítas ou dominicanos: Francisco Suarez, S. J. (1548-1617, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, 1612); Domingo de Soto, O. P. (1494-1560, *De iustitia et de iure libri X*, 1556 [ed. aumentada]); Melchior Cano

Molina. O notável grupo de teólogos e juristas concentrada em torno da mais antiga universidade de Castela, a partir do qual seu ensino se espalha para a península Ibérica e para as Américas, no decurso do século XVI e início do século XVII. Vitoria iniciou suas explicações e leituras de classe em 1526, utilizando o livro *Sentencias* de Pedro Lombardo e *Summa* de Tomás de Aquino⁴⁷.

A transformação da teologia realizada pela Escola de Salamanca sinalizou não só uma necessária renovação, ou humanização da escolástica, mas também uma reorientação da escolástica espanhola, longe da metafísica especulativa pura, para um modo de pensamento mais prático e que diretamente abordava a ética e as dificuldades políticas que enfrentava a Espanha durante o referido período. Há um interesse renovado em ética de guerra e nos assuntos de expansão colonial e administração, bem como preocupação com questões político-religiosas associadas à Europa do século XVI. Apresentou uma sensação de liberdade e independência de pensamento, oferecendo seus julgamentos em um vasto leque de questões: legal, moral, política e econômica⁴⁸.

Em 1528, Vitoria argumenta a natureza jurídica do *ius gentium* como uma lei promulgada pelo mundo inteiro que é em certo sentido uma comunidade, uma espécie de direito positivo universal. Reforça a ideia de que o direito das nações é “o que a razão natural estabeleceu entre todas as nações”, assim, aparentemente um colapso do *ius gentium* na lei natural.

A discussão de Vitoria sobre o direito dos espanhóis para viagens e comércio para as Índias - *ius pergrinandi & ius negotiandi* - é baseado na teoria naturalista e da sociabilidade humana, juntamente com o princípio da *dominium* que foi articulada com o *ius gentium*. Vitoria retrata o comércio como parte da parceria natural e comunicação

(1509--1560, *De locis theologicis*, 1563; *Adnotationes in Ila.Iiae*, ms. Bib. Univ. Salamanca); Diego de Covarrubias de Leyva, O. P. (1512-1577, *Regulae Peccatum de regulis iuris relectio*, 1554, *Opera omnia*, 1576); Martín Azpilcueta Navarro (1491-1586, *Relectio cap. Ita quorundam de Iudaeis*, 1550; *Opera omnia*, 1589); Afonso de Castro, O. F. M. (1495-1558, *De potestate legis poenalis*, 1550); Baptista Fragoso, S. J. (1559-1639, *Regimen reipublicae christianae*, 1641). Bibliografia: Pereña (1981); Costello (1974); Villey (1961).

⁴⁷ CARRASCO, Eduardo. *La Didáctica del Derecho en Francisco de Vitoria*. Universidad de Valladolid, Espanha, 1949, p.20-21.

⁴⁸ “In Spain the universities were consulted on a wide range of questions – legal, moral, political, and economic: the professors reflected on the questions and often used them as material for lecture courses, practicing the scholastic method with varying degrees of flexibility...the also lecture on current problems about which they had not been consulted – usually in the course of commenting on some statement of Peter Lombard or of St. Thomas Aquinas (Vitoria’s strictures on the Spanish conquest of the Indies are a well-known example). They were not unduly subservient either to church or state, speaking their minds freely about the behavior and pretensions of recent popes and their supporters, while those who lived under Charles V were equally outspoken about the unreality of imperial power.” VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 115.

entre os seres humanos. Desde o início dos tempos, todos estavam autorizados a visitar e viajar por qualquer terra que desejava e este direito claramente não foi levado pela divisão da propriedade, ou seja, o direito das gentes é claramente o que os viajantes podem exercer – o comércio - contanto que eles não façam mal aos cidadãos, aos seres humanos. Esse seria o tratamento aplicado não somente às relações entre espanhóis e índios, mas no tratamento das riquezas comuns cristãs⁴⁹.

Inicialmente o argumento que conduzia a conquista do Novo Mundo era que nem os príncipes das Espanhas nem os ministros de seus Conselhos reais eram obrigados a justificar os novos direitos e títulos que já foram deliberados e julgados, especialmente quando os territórios são ocupados de boa fé pela Coroa Espanhola. Aristóteles no terceiro livro da *Ética a Nicômaco* afirmava que “se quisermos sempre deliberar, teremos de continuar *ad infinitum*, então nenhum príncipe ou de seus ministros nunca vai ser capaz de ficar tranqüilo em suas consciências. Se os títulos de governo tiverem sempre que ser provados, indo de volta para as sementes de tempo, nenhuma posse poderia ser completamente estabelecida”⁵⁰.

Descoberta a América, era preciso, por parte dos Reis católicos Fernando de Aragão e Isabel de Castela, trabalhar em prol da legalização das terras adquiridas, fato realizado pelo Papa Alexandre VI que, em sua *Bula Inter Coetera*, doa à Coroa de Castela e Leão, bem como aos sucessores, todas as terras descobertas e por descobrir, outorgando poder, autoridade e jurisdição absoluta. Além da *Bula* que visava não só a legitimar a conquista, mas também a guerra, pois, em tese, a conquista era para ser pacífica. Só não foi pacífica em razão da insubordinação dos índios, que não aceitaram o Papa e o Rei como senhores. Por esse motivo, em 1513, o jurista Juan López de Palacios Rubios redigiu o *Requerimiento*, documento que deveria ser lido aos índios antes que fosse necessário qualquer recurso à força. Segundo Rafael Ruiz, este documento continha cinco pontos básicos:

1. Jesus Cristo tem o domínio universal do mundo e, conseqüentemente, seu vigário, o Papa, é dominus orbis;
2. O Papa doou as terras dos índios aos Reis Católicos de Espanha para facilitar a sua evangelização;
3. Os povos que aceitaram esse domínio estão sendo bem tratados e prosperando;
4. Convém que os índios que estão sendo requeridos também aceitem a soberania dos Reis de Espanha, pois do contrário haverá guerra;
- e 5. A guerra será justa e os únicos

⁴⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

⁵⁰ VITORIA, Francisco de. *Political Writings*. Edited by Anthony Pagden and Jeremy Lawrance. Cambridge University Press, 1991, p. 234.

culpados serão os próprios índios, que não aceitaram a submissão aos Reis de Espanha⁵¹.

Os dois documentos, a *Bulla* e o *Requerimiento*, do ponto de vista jurídico, estavam corretos. No entanto, para Vitoria, que embora nunca tenha estado na América, recebia notícias sobre a colonização, que havia problemas na conquista (mortes, espoliações...), bem como muitas dúvidas em relação a sua justiça, dúvidas essas que deveriam ser sanadas a fim de se formar uma consciência moral sobre o tema, nesse espírito que nasce a *relectio De indis recenter inventis relectio prior (DI)* (1538/1539)⁵². Embora o aspecto jurídico esteja muito presente na DI, a questão jurídica em si não é o seu cerne, até porque se está tratando de fatos consumados e já abalizados pelo direito. Nesse sentido, o trabalho de Vitoria não visa a “fazer justiça”, mas a formar uma consciência para que se obre com justiça, o que o faz magistralmente trazendo elementos do direito natural e das gentes, reconhecendo a dignidade dos índios, sofisticando o debate da jurisdição papal sobre eles, tratando da evangelização e reconhecendo-os como uma nação. Assim, a primeira questão que Vitoria trata é a do *dominium*, a fim de demonstrar que os índios, tal como qualquer castelhano, detém direito⁵³.

Segundo Fernando Rodrigues, Vitoria trouxe relevante contribuição ao Direito Internacional, nomeadamente sobre o problema da conquista:

Imbuída do espírito de forjar uma consciência moral para se bem obrar na matéria relativa à conquista da América, a *relectio DI I* é concebida por Vitoria para tratar de três questões fundamentais: explicar por qual fundamentação jurídica os índios passaram ao domínio espanhol; determinar qual poder os Reis Católicos tinham sobre os índios, temporal ou espiritual; e explicar o que podiam os Reis ou a Igreja sobre os índios no espiritual e no que concerne à religião (DI I, preâmbulo, 642s). Destas três questões, no entanto,

⁵¹ RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 77. MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 177.

⁵² *De indis recenter inventis relectio prior*, 1, 3, 648: “O negócio dos bárbaros nem é tão evidentemente injusto que não possamos dissentir de sua justiça, nem tão evidentemente justo que não possamos duvidar de sua injustiça [...] ouvimos falar de tantas matanças humanas, de tantas espoliações de homens inofensivos, de tantos senhores destituídos e privados de suas posições e riquezas, que sobra razão para duvidar sobre se tudo isso tem sido feito com justiça ou com injustiça.” / “*Negotium barbarorum, nec est de se ita evidenter iniustum, ut non possit disputari de iustitia illius, nec rursus ita evidenter iustum ut dubitari non possit de iniustitia illius [...] audiamus tot hominum caedes, tot spolia hominum alioquin innoxiorum, deturbatos tot dominos possessionibus et ditionibus suis privatos, dubitari merito potest iure an iniuria haec facta sint.*”. MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 177.

⁵³ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 177- 178.

Vitoria responde apenas a primeira, e para fazê-lo não se detém de pronto à análise das alegações jurídicas, mas, antes, se preocupa em reconhecer que os aborígenes detêm direitos, o que é notável, pois propõe uma inversão de pensamento: discute primeiro o direito dos dominados, e não o direito do dominador. De fato, Vitoria não pretende protegê-los suscitando a misericórdia, mas inseri-los no ordenamento jurídico para que a lei os proteja na condição de detentores de direitos. Para tanto, abre a *relectio* tratando do tema do *dominium*, para só depois tratar dos chamados títulos da conquista (i.e., das alegações ou fundamentações jurídicas para justificar o domínio espanhol sobre os índios) o que o faz analisando na q.2 os títulos ilegítimos, e na q.3 os legítimos⁵⁴.

Para Vitoria, ter domínio significava ter direito e defende que os índios sejam reconhecidos como capazes de domínio, bem como seres detentores de direitos. Fundamentado na filosofia jurídica dos séculos XIV e XV, permite-lhe reconhecer que os seres humanos detêm uma dignidade inviolável e não são passíveis de instrumentalização, escravização, sejam crianças, ignorantes, índios ou castelhanos. Os argumentos que justificavam a escravização de índios era o fato de que viviam em pecado mortal, eram infiéis e eram servos por natureza, conforme a teoria aristotélica da escravidão natural⁵⁵ que foi refutada por Vitoria para quem “a fé não destrói nem o direito natural nem o direito humano [positivo]” (DI I, 1, 8, 656).

A teoria aristotélica sobre a escravidão natural explicitava que um escravo não poderia possuir alguma coisa como sua. Por isso, tudo o que um escravo adquire pertence ao seu mestre – príncipes/imperadores – ou seja, esses bárbaros são escravos por natureza. Esse último ponto é provado por Aristóteles, que diz com precisão que os tipos de homens mais baixos são escravos por natureza, e é melhor para eles como inferiores estar sob o domínio de um mestre. Os homens que são insuficientemente racionais para governar a si mesmo, mas é racional o suficiente para tomar decisões; sua força reside mais em seus corpos do que em suas mentes. E se de fato é verdade que existem tais homens, que parecem ser pouco diferente de animais irracionais, são completamente incapacitados para o governo. É, sem dúvida, melhor para eles serem regidos por outros para que possam governar. É uma lei natural que esses homens deveriam ser escravos, eles não podem ser verdadeiros mestres⁵⁶.

⁵⁴ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 178.

⁵⁵ URDANOZ, Teófilo. *Francisco de Vitoria. Obras de Francisco de Vitoria*. Madrid: BAC, 1960, p. 518 e ss.

⁵⁶ VITORIA, Francisco de. *Political Writings*. Edited by Anthony Pagden and Jeremy Lawrance. Cambridge University Press, 1991, p. 239.

Segundo Vitoria, estes argumentos não deveriam prosperar e não deveriam interferir no domínio civil e a posse de direitos dos índios, uma vez que estes pertencem ou ao direito natural ou ao direito humano positivo. O domínio é, pois, dado ao homem pela natureza. Por sua faculdade racional e por sua vontade livre é que o homem se constitui em pessoa moral e em sujeito de direitos. A imagem de Deus não reside na impecabilidade, mas nas potências ou faculdades racionais do homem (razão e vontade/liberdade). O pecado mortal, portanto, não destrói nem mesmo a imagem natural de Deus no homem, que é a faculdade racional, fundamento de todos os direitos (DI, 1, 6, 654)⁵⁷.

Vitoria traz a discussão sobre a dignidade e inviolabilidade da vida humana. A detenção de potências racionais, razão e liberdade são determinantes à posse de direitos e domínio, porém, ele afirma que crianças, dementes e idiotas detêm domínio e direitos, diferentemente de criaturas irracionais, animais que não possuem domínio e direitos. A criança não existe por causa de outro, e sim por causa de si mesma. Argumenta em favor da não inalienabilidade e da não instrumentalização dos seres humanos, pois o homem é a imagem de Deus e essa imagem refere-se às potências racionais: razão, vontade, liberdade, autodomínio, condição para todo domínio. A natureza não falta à espécie naquilo que lhe é constitutivo essencialmente⁵⁸.

Portanto, a baixa capacidade de razão que supostamente teriam os índios americanos se originaria na má e bárbara educação, que segundo Vitoria, não seria uma exclusividade dos índios, visto que entre os castelhanos encontram-se homens rústicos, pouco diferentes dos animais. Não só os índios detêm domínio e direito e, antes da chegada dos castelhanos, eram privadamente donos de todas as suas possessões, bem como que a hipótese da não participação na razão é insustentável, inclusive por uma razão teológica: a impossibilidade da salvação. Os índios americanos são homens

⁵⁷ DI I, 1, 6, 654: “devolvendo o argumento aos contrários: O domínio se funda na imagem de Deus; mas o homem é imagem de Deus por sua natureza, i.e., pelas potências racionais; logo, não a perde pelo pecado mortal” / “converto argumentum factum pro parte contraria. Dominum fundatur in imagine Dei. Sed homo est imago Dei per naturam, scilicet, per potentias rationales. Ergo non perditur per peccatum mortale”. MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 180.

⁵⁸ DI I, 1, 23, 664s: “Na realidade não são dementes, a seu modo fazem o uso da razão. Isso é manifesto porque tem estabelecidas suas coisas com certa ordem. Têm, com efeito, cidades, que requerem ordem, e têm instituídos matrimônio, magistrados, senhores, leis, artesãos, comerciantes, tudo o que requer o uso da razão.” / “Secundum rei veritatem non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis. Patet, quia habent ordinem alicui in suis rebus, postquam habent civitates quae ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, opificia, commutationes, quae omnia requirunt usum rationis.”. MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 181.

detentores de dignidade e direitos como qualquer castelhano e constituem um povo, uma nação, e não é qualquer alegação jurídica que justifica a sua dominação⁵⁹.

Nesse sentido Luis Valenzuela-Vermeiren,

This sense of intellectual independence allowed the Spanish scholastic to address the most pressing political issues of the age. In this sense, the discovery of the New World had posed a particularly difficult problem, which one scholar sums up in the following manner: “How to reconcile a society founded on premises alien to European experience with that familiar world whose social and political catechism depended so narrowly upon the moral and ethical truths of Christianity. The Christo-centric conception of the world required an essential reconceptualization, namely, the formulation of ethical principles seen as common to both European and indigenous communities in order to guide their mutual relations. For the Dominicans, such principles could be found natural law, which was assumed to exist among all peoples because it was considered apprehensible by the rational nature of every individual. That metaphysical idea of a universal rationality naturally operating in man served, in part, as an early argument buttressing the notion of a pattern of subjective rights protecting the individual against the abuses of political power⁶⁰.”

Vitoria apresenta os fundamentos do direito natural como concebidos por Tomás de Aquino⁶¹, a ideia de um “direito natural dos povos”. Discorre sobre um *ius naturale* e, diante das questões surgidas a partir de relações que ultrapassavam o seu escopo, de um *ius gentium* (ele mesmo fundado no direito natural e seguindo princípios respectivos

⁵⁹ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 182.

⁶⁰ VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 116.

⁶¹ Santiago Carvalho afirma que S. Tomás de Aquino foi um dos mais expressivos autores do período medieval e um dos maiores responsáveis pela difusão do pensamento aristotélico no ocidente. A sua filosofia assenta em princípios básicos do aristotelismo, como o do ato e o da potência, o da matéria e o da forma, assim também como o do gênero e o da diferença específica ou a teoria da causalidade. Na esteira de Aristóteles, S. Tomás de Aquino reconheceu que o conhecimento repousa sobre o fundamento empírico, sendo que a única fonte do nosso conhecimento é a realidade sensível, e sustentou que a ideia de que Deus está na origem de todos os nossos conhecimentos; procurou provar racionalmente a ideia de Deus. Não se trata agora de partir da ideia de Deus para a sua existência, mas a partir dos seres criados para o seu criador, das coisas que são imediatamente dadas ao nosso conhecimento para aquela que nos é menos imediata, a sua causa. S. Carvalho, “Ler S. Tomás, Hoje?”, en Revista Filosófica de Coimbra, 4 (1995), 103-130. In RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. *Francisco Suárez. Último medieval, Primeiro moderno: a ideia exemplar*. Universidade do Porto. Cauriensa, vol. V, 261-281, 2010. Tomás de Aquino, Isidoro de Sevilha, juristas romanos, como Gaio, foram importantes para a formação de Vitoria. Gaio, por exemplo, e seus institutos fundamentais, encontramos um dos grandes pilares desta tradição, pois faz a distinção entre o direito das nações - tomado em seu sentido mais amplo para se referir também ao *ius natural* - e a lei civil. Segundo Gaio “As regras estabelecidas por um determinado Estado para os seus próprios membros são peculiares a si mesmo, e são chamados *ius civile*, as regras constituídas pela razão natural para que sejam observadas igualmente por todas as nações, são chamados de *ius gentium*.” SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. Ave Maria Law Review, Vol 10:2, Spring 2012, pp. 331-342.

de um direito de “ir-e-vir”, “coabitar” e de “conviver”)⁶². Também Vitoria parte da idéia de que o homem é um ser social por natureza e, portanto, precisa de um ordenamento jurídico que regule as suas relações mútuas. Esse ordenamento se fundamenta na lei natural (*ius naturale*) que resulta da natureza social, mas está configurado e desenvolvido por consentimento internacional⁶³.

Vitoria transmite uma concepção do mundo em termos de uma *totus orbis*, ou seja, de uma comunidade mundial da humanidade, que, apesar das diferenças de crenças religiosas e culturais, é composta de homens em pé de igualdade⁶⁴. Nesse sentido Alfred Verdross⁶⁵:

De esto modo, el antiguo *ius gentium* se convierte em um *ius inter omnes gentes*⁶⁶, que comprende, por lo tanto, todos los Estados, sin embargo, no se basa, para Vitoria, simplemente em tratados, sino em la autoridad de la comunidade mundial (*totius orbis auctoritate*), que se presenta em cierto modo como uma *res publica*. Esta comunidad tiene, pues, facultad para promulgar leyes de obligatoriedad general y adecuadas para todos los Estados, que pueden originarse por el acuerdo de la mayor parte del género humano y tienen que servir al bien de todos. Com ello señala Vitoria por vez primera dentro de la doctrina jurídica Cristiana dos ideas importantes: la primera es la idea de la organización de la comunidad de los Estados sobre la base de la igualdad de derechos. El segundo principio está em una íntima relación com el anterior, ya que exige que las disposiciones

⁶²Para Vitoria, seus colegas e discípulos, isso envolveu o estudo, ainda em desenvolvimento e implantação da concepção tomista de direitos naturais (*ius naturale*), especialmente em seu papel de orientar e dirigir a lei humana, em fornecer uma base justa para a sociedade política e aplicação de tal concepção nas relações entre comunidades políticas diferentes. Em *De Indis* de Vitoria (1539) isso significava, entre outras coisas, refutar os títulos pelos quais os conquistadores e juristas espanhóis tinham procurado para justificar a ocupação e exploração do Novo Mundo, que incluiu a autoridade universal presumida do imperador ou papa, o direito de descoberta, a rejeição por parte da população indígena da fé Cristã e o direito de suprimir os pecados contra a lei da natureza. Tais refutações ao longo de seu texto revela-se de grande importância, pois representa um grande distanciamento do pensamento medieval anterior pela criação de mais "modernas" preceitos jurídicos. A idéia de um *orbis christianus* é deslocada pela afirmação da ordem natural das comunidades políticas discretas e juridicamente iguais e independentes da doutrina religiosa cristã. VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 117.

⁶³ VERDROSS, Alfred. *La Doctrina Española Clasica del Derecho Internacional*, in *Paz y Derecho de Gentes*, Volumen XVIII, Madrid, 1971-1972, p. 58-59.

⁶⁴ *Vitoria conveys a conception of the world in terms of a totus orbis, of a world community of mankind, which, despite differences in religious and cultural beliefs, is nonetheless composed of men of equal standing*. ORTEGA, Martin C. *Vitoria and the Universalist Conception of International Relations, in Classical Theories of International Relations*, ed. Ian Clark and Neumann, London, UK: Macmillan Press, 1996, p.102-103.

⁶⁵ VERDROSS, Alfred. *La Doctrina Española Clasica del Derecho Internacional*, in *Paz y Derecho de Gentes*, Volumen XVIII, Madrid, 1971-1972, p. 59.

⁶⁶ A razão natural estabelece entre todas as nações do conjunto, ele é chamado o direito das nações. “Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium”. VERDROSS, Alfred. *La Doctrina Española Clasica del Derecho Internacional*, in *Paz y Derecho de Gentes*, Volumen XVIII, Madrid, 1971-1972, p. 59.

estabelecidas por la comunidade de los Estados han de estar al servicio del bien de todos los Estados.

Vitoria se posicionou contrariamente à concepção medieval e teocrática do mundo, e, assim, opôs-se a uma venerável tradição de pensadores (canonistas e teólogos), que baseavam seu discurso em uma fusão inadequada das ordens naturais e sobrenaturais. Portanto, para ele toda a humanidade foi concebida como uma ocorrência natural, dividida em diferentes comunidades culturais; e a regulamentação concreta das suas relações foi expressa por uma lei positiva, fundada em princípios naturais e comuns de justiça e de direito natural que representavam a vontade de uma comunidade internacional de repúblicas: o *jus gentium* ou lei das nações, e igualmente uma doutrina da guerra justa (*ius belli*), que estabeleceu os princípios pelos quais os objetivos e métodos de política externa agressiva estavam limitados. Essas considerações anunciavam as grandes obras que mais tarde viriam a abordar de forma mais sistemática a natureza da ordem jurídica internacional e do Estado laico moderno⁶⁷.

Por *ius naturale* Vitoria entende que o direito que existe por si mesmo, que é necessário e independe de qualquer vontade, à diferença do direito positivo que sempre depende da vontade e da aprovação humana, e que é conhecido apenas à luz da razão natural, de modo evidente (1459) ou por dedução lógica – a partir de princípios naturalmente evidentes – (1460), bem como pela dedução por meio de uma conclusão moralmente conhecida (1465). Vitoria aponta também que é justo de acordo com o direito natural aquilo que é absolutamente justo, ou intrinsecamente bom (1478)⁶⁸.

Segundo Fernando Rodrigues, o direito das gentes estaria muito próximo ao direito natural à medida que o padrão de referência à realização da justiça reside no direito natural e o próprio direito das gentes ajuda na conservação do direito natural. Segundo Vitoria, o *ius gentium* pertence ao direito natural, e não ao positivo. Essa posição aparece nas *relectiones* “o que a razão natural estabeleceu entre todas as gentes

⁶⁷ VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 117. Belda Plans, *La Escuela de Salamanca*, 386, Eduardo de Hinojosa, *Francisco de Vitoria: Derecho Natural y de Gentes*, Ed. Luis Getino, Buenos Aires: Emecé Editores, 1946, p. 33.

⁶⁸ PEREÑA, Luciano. *Francisco de Vitoria: Escritos Políticos*. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 293-310. MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 186.

se chama direito das gentes” (DI I, 3, 2, 706). Seus princípios são acessíveis a todos, inclusive aos índios, apenas pelo uso da razão natural⁶⁹.

Vitoria pôde introduzir o conceito de uma “comunidade mundial” à qual todos os povos pertencem em virtude de sua natureza fundamentalmente social, existente antes e acima de qualquer divisão em nações. Segundo Tomás de Aquino, o *ius* é dividido em *ius naturale* e *ius positivum*. Dessas leis determinadas pela natureza (*ius naturale*), o seu âmbito é universal e, portanto, são “comuns a todas as nações” e não resultam de qualquer regulamentação, mas de uma espécie de instinto da natureza.

Influenciado também por Isidoro de Sevilha para quem “Todas as leis são ou humana ou divina. Leis divinas são baseadas na natureza e a lei humana está baseada nos costumes”. Apesar de não explicar a relação exata entre o *ius gentium* e *ius naturale*, Isidoro deixa claro que ambos estão em vigor entre todos os povos e, em seguida, identifica o conteúdo dessas leis. A lei das nações diz respeito à ocupação do território, construção, fortificação, guerras, escravização, o direito de retorno, tratados de paz, tréguas, a promessa de não molestar embaixadas, a proibição de casamentos entre raças diferentes. E isso é chamado de o direito das gentes (*ius gentium*), porque quase todas as nações o utilizam. Mas ambas as leis possuem o escopo de serem universais⁷⁰.

Entende-se que, para Isidoro, Tomás de Aquino e Vitoria, o direito das nações é firmemente enraizada nos preceitos da razão, embora baseada na razão, o *ius gentium* floresce, é cultivado e adaptado às particularidades e várias tradições dos diversos povos.⁷¹

Segundo Roberto Pich, Vitoria apresenta a relação sobre o direito natural e o positivo sobre o direito divino e o eclesiástico, apesar de não fazer uso da expressão moderna “direitos humanos”, ele se posiciona ao campo do que se poderia chamar de “o que é universalmente e de modo igual devido ou justo para todo ser humano - em função de seu estatuto e/ou condição - sendo a acepção simples e geral de “direitos humanos” que está estreitamente ligado ao direito natural.⁷²

⁶⁹ MONTES D’OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 186.

⁷⁰ SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. Ave Maria Law Review, Vol 10:2, Spring 2012, pp. 331-342.

⁷¹ SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. Ave Maria Law Review, Vol 10:2, Spring 2012, pp. 331-342.

⁷² Nesse mesmo sentido, José Luis Abellán, Spain, Philosophy in, in: Edward Craig (ed.), The Routledge Encyclopedia of Philosophy, London – New York: Routledge, Vol. 9, 1998, p. 71-72, pôde afirmar: “Mesmo se elas aparecem somente de forma embrionária, as rubricas de uma futura ‘sociedade das

A defesa da condição humana, do domínio e do direito dos índios, por Vitoria, é a defesa que atribui dignidade intrínseca a cada ser humano singular. Defende que tem domínio quem possui potências racionais e é nessa medida a mesma imagem de Deus, de tal forma que é ou pode, em algum momento, ser dono de si – em última análise, ser sujeito ou pessoa na relação com Deus. Vitoria não acredita na escravidão por natureza; antes, dá a entender que pensa ser provável uma dignidade universal do ser humano, a partir do domínio e do direito. O *jus communicationis* de Francisco Vitoria foi concebido como um Direito para todos os seres humanos, o Estado não era um sujeito exclusivo do direito das gentes, pois abarcava povos e indivíduos⁷³.

Nesse sentido, Victor Salas destaca a reação de Vitoria sobre as conquistas do Novo Mundo “that no business shocks me or embarrasses me more than the corrupt profits and affairs of the Indies. Their very mention freezes the blood in my veins”. Registrando, portanto, o seu desprezo sobre a situação, em defesa dos índios americanos da única maneira que podia, por intermédio da Escola Ibérica, como acadêmico empenhado na tradição intelectual católica, em um esforço para identificar a dignidade intrínseca de todos os povos, uma dignidade que, nos territórios do Novo Mundo, foi sendo violada grosseira e injustamente⁷⁴.

As obras mais marcantes de Vitoria sobre o *ius gentium* são o *De Indis* e *De iure belli*. Em ambas as obras, os argumentos de Vitoria são para fundamentar a proteção dos nativos, destacando a sua dignidade intrínseca precisamente como pessoas e, conseqüentemente, o seu direito de *dominium*, ou seja, o direito à autogovernança e à propriedade de bens. A primeira obra desenvolve uma análise de direitos pessoais dos nativos, baseados na lei natural através por meio da lei das nações. Esses direitos se referem à natureza humana, onde nem a coroa Espanhola nem o Papado poderiam

nações’ estão claramente e sucintamente mapeadas nessa passagem, oferecendo um antecedente engenhoso ao que somente seria posto em prática alguns séculos depois, em consequência do que Vitoria poderia ser visto como o fundador do direito internacional”. Cf. também Rafael Ruiz, Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos. A evolução da legislação indígena espanhola no século XVI, Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 86ss., 193-207. PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e Ius: Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos segundo Francisco De Vitoria (1483-1546)*. Teocomunicação, Porto Alegre, v. 42, n. 2 p. 376-401, jul./dez. 2012.

⁷³ PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e Ius: Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos segundo Francisco De Vitoria (1483-1546)*. Teocomunicação, Porto Alegre, v. 42, n. 2 p. 376-401, jul./dez. 2012.

⁷⁴ SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. Ave Maria Law Review, Vol 10:2, Spring 2012, pp. 331-342. Sobre a importância de Vitoria para o direito natural e direitos humanos para o *jus gentium*, Salas explicita “Central to the Salamanca theologian’s defense of the native peoples would be theory of rights spelled out against the backdrop of natural law and guaranteed to all persons according to the precepts of the law of nations or ius gentium. In this article, I shall examine the picture of the ius gentium that emerges in Vitoria’s relections and argue that, despite his appeal to traditional understandings or accounts of the ius gentium, Vitoria marks a significant development in human rights and international law as occasioned by the situation in the New World.”

suprimir dos índios, exceto sob as circunstâncias de uma guerra justa, e mesmo assim apenas com contenção e moderação. Na segunda obra, Vitoria entendia que a conquista espanhola do Novo Mundo era moralmente injustificável, e o conselho evangélico de “Ide, pois, e fazei discípulos de todas as nações” estava sendo flagrantemente comprometido.⁷⁵

Vitoria alinhou-se com a Bartolomé de Las Casas (1484-1566) em defesa dos índios, insistindo em sua humanidade como bem e com os seus direitos de propriedade e de jurisdição. Em 1920 e 1930, esses homens foram celebrados como precursores da nova profissão por parte do Internacionalista americano James Brown Scott (1866-1943), assistente do Secretário de Estado, Elihu Root, um entusiasta da arbitragem e da Liga das Nações. Scott admirava o impulso humanitário atrás dos ensinamentos desses espanhóis e especialmente a sua propensão para discutir império, à luz da lei da natureza e das nações, *ius gentium*. Scott deu especial atenção às duas palestras públicas (*Relectiones theologicae*) ministradas por Vitoria, em 1538 e 1539, em Salamanca, que defendeu os direitos dos indígenas e, simultaneamente, as regras para o comércio espanhol e para conquista de territórios. Antes dessa palestra, seu colega mais jovem, Domingo de Soto (1494 – 1560), titular da cadeira *Visperas* em Salamanca, admitiu publicamente que ele não tinha idéia em que base os espanhóis poderiam exercer sua jurisdição sobre os índios⁷⁶.

Outra importante contribuição de Vitoria é o que hoje denominaríamos de crimes contra a humanidade e se fundamenta, conforme aponta Ruiz, no princípio da “solidariedade internacional”⁷⁷. Os referidos crimes tratam fundamentalmente das práticas antropofágicas dos aborígenes e dos sacrifícios de inocentes. Tais crimes, antes de ferirem o direito divino, ferem o direito natural. Não é prerrogativa do Papa punir os índios por tais crimes, mas da comunidade internacional. Para Vitoria, em vista da sociabilidade universal, todo homem tem um direito natural a ser defendido por qualquer outro e por qualquer autoridade legítima quando é maltratado injustamente por poderes tirânicos. Em caso de tamanha violação da dignidade humana abre-se, pois, a possibilidade do direito de intervenção, inclusive por meio das armas, à defesa dos

⁷⁵ SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. Ave Maria Law Review, Vol 10:2, Spring 2012, pp. 331-342.

⁷⁶ KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

⁷⁷ RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos*. Porto Alegre: EPIPUCRS, 2002, p.88.

inocentes⁷⁸. O Direito Internacional universal é, portanto, não só um direito interestadual, mas também direito para a Humanidade⁷⁹

Em 1553/1556, Soto publicou seu trato enorme *De iustitia et iure*, em que repetiu o argumento, que ele já tinha feito na conferência de 1535, que a humanidade dos índios foi a par com a do espanhol e que tinham direitos de jurisdição e propriedade como todos os outros seres humanos. Nem os espanhóis nem o papa poderiam exercer competência judiciária sobre os índios, cujos direitos de jurisdição e de propriedade foram baseadas em parte na natureza, em parte no consentimento das Comunidades. Nunca tinha havido reunião universal em que foi oferecido domínio sobre todo o mundo. Além disso, a idéia de que o imperador pode ter herdado os direitos dos romanos sobre todo o mundo era simplesmente refutável, pois não havia previsão de quem era o Novo Mundo e essas posses haviam sido adquiridos pela força das armas e não pelas suas qualidades intelectuais e morais⁸⁰.

No que se refere à contribuição de Luís de Molina, ele questiona como um homem pode estar sujeito ao domínio de outro a título de propriedade. A discussão não era a aptidão abstrata de certos homens para se regerem por si, mas a questão concreta de saber com que justificativa de direito posto, na África e na Ásia, certos homens eram, positivamente, objeto de propriedade, salientando a discussão da escravização dos índios americanos. A investigação para fundamentação da escravidão deveria recuar para antes da aquisição de escravos, ou seja, a compra não era constitutiva do estado de escravidão e não constituía título originário, ou seja, qual o fundamento originário para o domínio sobre o ser humano?⁸¹. Nesse sentido, Hespanha:

É esse o sentido das investigações de Molina sobre as instituições, os costumes e as situações de facto das sociedades africanas e asiáticas. Embora — como, de resto, acontecia com os direitos positivos da Europa — as valorações indígenas estivessem sempre sujeitas ao controlo superior das valorações do direito natural. Daí as questões sobre a justiça dos seus costumes, do seu processo judicial, das suas

⁷⁸ MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº01, 2012, p. 187.

⁷⁹ VERDROSS, Alfred. *La Doctrina Española Clasica del Derecho Internacional*, in *Paz y Derecho de Gentes*, Volumen XVIII, Madrid, 1971-1972, p. 60.

⁸⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article). Domingo de Soto, *De iustitia et iure libri decem/De la justicia y el derecho en diez libros*, por PV Diego Carro, tradução para o espanhol por PM Gonzalez Ordóñez (Madrid: Instituto de Estudios Político, 1967) 4.4.2 at 303–6 [Soto, *De iustitia*].

⁸¹ HESPANHA, António Manuel. *Luís de Molina e a escravização dos negros*. *Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, p. 937-960. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Lisboa.

guerras. Não porque as ordens jurídicas locais não fossem, enquanto tal, relevantes, mas porque esta relevância não era absoluta⁸².

Contudo, havia posições divergentes entre Vitoria e Molina. Segundo Vitoria, o direito das gentes seria viajar para outras províncias e viver no local desde que sem prejuízo dos indígenas, utilizando portos e rios que seriam comuns a todos. Também seria justo negociar nessas províncias, comprando e vendendo. E acrescenta que, se estranhos ou indígenas fizessem a exploração de recursos naturais em lugares públicos, não poderiam impedir outros de fazer, concluindo que, se os “bárbaros do Novo Mundo” proibissem isso aos espanhóis, gerariam para estes um motivo de guerra justa. Molina discorda, pois seria lícito se não for proibido pelos habitantes locais e, além disso, só à medida que o estrangeiro necessite gravemente do uso daquelas coisas, conforme a lei da caridade, como pelo princípio de que a divisão das coisas não pode impedir aquele que careça extremamente de uma coisa de usar dela, mesmo contra vontade do dono.

A posição de Vitoria é mais invasiva do que a de Molina, já que reconhece mais abertamente o caráter comum a todos dos bens não ocupados, bem como restringe mais o direito de uma nação a não autorizar estrangeiros a aproveitar das suas riquezas. Para Molina, qualquer nação se pode fechar ao comércio, como pode reservar para si a exploração das suas riquezas, mesmo que haja precedentes da sua concessão anterior a estrangeiros⁸³.

Outro questionamento se refere ao direito de escravização. Não teriam todos os homens o direito a que todos respeitassem as normas básicas do comportamento humano? Molina afirma que não se pode discutir se é causa justa para sujeitar uma nação à guerra o fato de ela ser bárbara e rude, de modo a que seja regida por outrem por meio de bons costumes, para que mais tarde se possa reger por si. Não faltaram os que acharam que isso era razão suficiente para que se pudessem reduzir à escravatura todos os brasileiros e outros habitantes do Novo Mundo, para além dos africanos, com a consequência de que quem os comprasse como escravos adquiria o domínio deles, sendo privados das suas terras e expropriados de todas as suas outras coisas⁸⁴.

⁸² HESPANHA, António Manuel. *Luís de Molina e a escravização dos negros*. *Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, p. 937-960. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Lisboa.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Molina apresenta algumas hipóteses de autorização da escravidão, por exemplo, nos casos de ser oferecido um certo preço por aqueles que, em África e no Brasil, estavam na iminência de serem mortos, ou por serem prisioneiros de guerra, ou por terem sido condenados à morte, o comprador que assim os resgatava os podia manter como escravos, a depender da justiça ou injustiça da morte iminente. Se esta era justa, o comprador podia mantê-los como escravos, pois ninguém seria obrigado pela lei da justiça ou da caridade a salvar, nesses casos, alguém da morte. Pelo que seria justo pedir um preço pelo salvamento, designadamente a troca da morte pela escravização. Já se a morte fosse injusta, a questão seria mais difícil, mas a escravidão, quando comparada com a morte para o escravo, mesmo nesses casos deve-se considerar a perda da liberdade como contrapartida justa da salvação da vida. A terceira causa de escravização era a venda. HESPANHA, António Manuel. *Luís de Molina e a escravização dos negros*. *Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, p. 937-960. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Lisboa

Molina, portanto, afasta-se da aplicação da teoria da servidão natural de Aristóteles aos africanos, e apresenta a servidão civil, pois as sociedades africanas no mundo são sociedades civis, ou seja, sociedades plenamente humanas. A servidão por natureza nunca aparece aplicada a qualquer nação e a extrema barbárie não autoriza a escravização dos nativos ou a destruição das suas instituições, em razão da salvaguarda à natureza humana e civil dessas sociedades. Na verdade, a barbárie não legitima a guerra justa por parte dos europeus, a não ser que prejudicasse gravemente inocentes.

Na conclusão de Hespanha sobre Molina aponta a relevância do direito natural aos africanos e indígenas:

Nem nunca se aponta para as vantagens políticas e morais do estabelecimento de qualquer direção dos portugueses sobre as comunidades indígenas. Pelo contrário, as ideias de intromissão violenta no governo nativo para finalidades de educação espiritual ou política são sempre recusadas com base numa larga cópia de argumentos, dos quais se salienta o de que educar pressupõe alguma jurisdição e que sobre os africanos nem o papa, nem o imperador, nem os reis de Portugal têm nenhuma. Em todo o caso, o discurso de Molina não deixa de ser devastador para qualquer ideia de assimilação entre africanos e europeus. Embora constituindo comunidades políticas — e situando-se, portanto, no âmbito da humanidade —, os africanos são claramente marcados de diferentes. E, dentro da diferença, de mais bárbaros e incivilizados. Os seus reis são tirânicos, governando com trapaças e não admitindo recurso judicial das suas decisões; a sua justiça faz-se sem ordem nem figura de juízo; as suas penas são desproporcionadas e estendem-se aos familiares do criminoso; os seus costumes são ferozes, incluindo o canibalismo. Nunca é dito que isto decorra de uma especial natureza psicológica ou moral, nem sequer que tenha origem nas circunstâncias ambientais dos trópicos. Por outro lado, os europeus também não são poupados quanto aos seus vícios morais. Mas, no caso dos europeus, por um lado, as aberrações representam traços individuais que destoam de um sentido comum de justiça. E, por outro, integram-se num cálculo racional de benefícios que, embora perverso, é lógico e até sofisticado — o cálculo comercial da maximização dos lucros⁸⁵.

Nessa linha da Escola do Direito Natural, o jesuíta Francisco Suárez⁸⁶ contribuiu com *De legibus* (1613). Estabeleceu que o *dominium* não fosse pautado no direito natural, mas no direito positivo que era algo estabelecido por seres humanos para sua

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Seguindo os estudiosos suarezianos, sustenta ainda que Francisco Suárez manteve a doutrina de São Tomás e a sua versão de tradição aristotélica, num esforço de adaptar a filosofia tomista às novas condições históricas, nomeadamente a polémica católico/protestante e a emergência dos Estados nacionais europeus. Nessa linha de pensamento, Manuel Augusto Rodrigues (M. Rodrigues, *Francisco Suárez (1548-1617). O doctor eximus, professor da Universidade de Coimbra. Atualidade da sua teoria acerca do ius gentium, in estudos em homenagem a José Francisco Marques*, vol 1, Porto, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2001, 371-380.) refere que no tomismo Suárez vê representada a síntese perfeita entre a fé e a razão, circunscrevendo a realidade humana na divina. RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. *Francisco Suárez. Último medieval, Primeiro moderno: a ideia exemplar*. Universidade do Porto. Cauriensa, vol. V, 261-281, 2010.

própria utilidade. A lei natural tinha sido promulgada por Deus⁸⁷ e fornecida para a liberdade, a propriedade comum, e a Paz. Segundo seu entendimento, se a propriedade privada foi baseada na lei humana, que fez a lei natural, então nada repercutiria sobre um caso de roubo? Para fortalecer o (subjéctiva) *dominium-right*, Suarez remetido à distinção do ius como objetivo da lei e ius como direito subjéctivo, isto é, como certo poder moral que cada o homem tem de seus próprios bens ou em relação ao que é devido para si. Quando a lei natural fornece para esse tipo de direito subjéctivo (ius dominativum), há sempre um preceito positivo a partir do qual nenhum desvio é permitido. No estado original, todos tinham em *dominium* comum com os outros sobre o comércio, terras e navegação. Após a intervenção de divisão por leis positivadas, inderrogáveis, estabeleceram a propriedade privada de modo que o roubo tornou-se um mal, sujeito a punição. Mesmo se a instituição da propriedade privada foi puramente humana, em outras palavras, uma vez que foi criada a lei, ela era protegida por uma lei natural. Este foi também um comando de fé⁸⁸.

Suarez também faz distinção entre o direito internacional público, direito entre aqueles que detêm o *dominium* em termos de jurisdição sobre o território e o das leis universais que regem as relações interindividuais de contrato e propriedade. Mesmo como relações privadas são abrangidas pelas leis civis dos vários países, os princípios gerais dessas leis civis – incluindo, acima de tudo, a liberdade das trocas comerciais com base na propriedade privada - ainda são válidas como *ius gentium* e aplicáveis por todos aqueles meios que permitem reacção a ferimentos graves em razão da disputa pelo domínio, independentemente de onde eles ocorram⁸⁹.

⁸⁷ Suárez defende, portanto, que o princípio da causalidade não pode ser estabelecido nem pela razão, nem pela intuição ou demonstração, mas por Deus. Considera ainda que os seres não constituem um fato, mas apenas uma unidade essencial ou ideal. A unidade formal, entretanto, não é uma criação arbitrária da mente, mas existe “in natura intellectus rei ante omnem operationem”. Também, a cognoscibilidade vem da medida exata da ligação com Deus, considerado origem do ser. Em sentido ontológico existe o efeito porque existe a causa; na ordem cognoscitiva: efeito e causa são correlativos. É importante referir ainda que o agente inteligente não pode agir sem uma ideia exemplar e que é usada muitas vezes a expressão “causa formal extrínseca”, na qual se inclui naturalmente a “ideia exemplar”, que sintetiza o objeto formal e a faculdade cognoscitiva. Suárez situa o tema da causa exemplar como fundamental na sua reflexão sobre a natureza do exemplar, em sintonia com a ideia de Deus como exemplar, colocando-se na esfera do divino. Ao abordar esse problema, numa época marcada pela controvérsia, Suárez aborda uma questão que é essencial tanto para o pensamento medieval como para a compreensão da construção da filosofia moderna. As consequências e resultados dessa reflexão são cruciais e de grande importância para a constituição do pensamento moderno. RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. *Francisco Suárez. Último medieval, Primeiro moderno: a ideia exemplar*. Universidade do Porto. Cauriensia, vol. V, 261-281, 2010.

⁸⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

⁸⁹ KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

Outra importante contribuição ao direito internacional foi o advogado da Companhia das Índias Orientais Holandesas (VOC), Hugo Grotius, que em sua obra principal *De jure belli ac pacis* de 1625 apresentava discussão sobre a busca de uma lei natural mínima com cinco preposições. A primeira: Será permitido defender a própria vida diante de uma ameaça que se prove prejudicial. A segunda: Será admissível obter para si mesmo as coisas os quais são úteis para a vida⁹⁰. Estas preposições representam a reputação de Grotius como o representante de uma teoria essencialmente moderna de direitos subjetivos naturais. A validade universal desses direitos foi baseada simplesmente no caráter universal do desejo de autopreservação e surgimento de uma moralidade individualista. A terceira: que ninguém deve infligir dano ao seu companheiro. A quarta: que ninguém deve aproveitar a posse daquilo que foi levado para a posse de outro. A quinta: as más ações devem ser corrigidas⁹¹.

Segundo Grotius, os seres humanos não só estavam desejosos de autopreservação, mas também, ao contrário dos animais, possuíam razão que lhes ensinou a renunciar a satisfação imediata das suas necessidades e se juntar à sociedade na qual seus interesses de longo prazo seriam mais bem servidos. *Dominium* privado e a sociabilidade não estavam em conflito, mas os direitos subjetivos eram complementares à obrigação de respeitar os outros direitos. O conceito de Grotius "sociabilidade", que é suposto ser a "mãe" da lei natural, é, portanto, nada mais do que o dever de respeitar os direitos dos outros. Os seres humanos devem se juntar em uma sociedade civil para fornecer a proteção para seus direitos que são pré-sociais⁹².

⁹⁰ "LAW I. It shall be permissible to defend [one's own] life and to shun that which threatens to prove injurious. LAW II. It shall be permissible to acquire for oneself, and to retain, those things which are useful for life. These laws appear twice in the present translation of *De jure praedae*: first in Grotius, Commentary, supra note 109, ch 2 at 23, and Appendix A at 500. Hugo Grotius, Commentary on the Law of Prize and Booty (*De jure praedae*), ed and intro by MJ van Ittersum (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 2006) in KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

⁹¹ "LAW III. Let no one inflict injury upon his fellow. LAW IV. Let no one seize possession of that which has been taken into the possession of another. LAW V. Evil deeds must be corrected." KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article). Também em Annabel Brett, *Natural Right and Civil Community: The Civil Philosophy of Hugo Grotius* (2002) 45:1 Historical Journal 31 at 34 [Brett, 'Natural Right and Civil Community']. MB Crowe, *The Impious Hypothesis: A Paradox in Hugo Grotius?* in Knud Haakonssen, ed, Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law (Aldershot, UK: Ashgate, 1999) pp. 13–20.

⁹² Brett, *Natural Right and Civil Community*, in KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution* University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

Grotius, portanto, defendia primeiramente a humanidade e em segundo lugar o Estado e analisou que a ordem jurídica era necessária com o fundamento na *recta ratio* (direito natural) e não no voluntarismo⁹³.

O direito natural era identificável pela *recta ratio*, sendo direito superior de aplicação universal. O direito positivo, por outro lado, era promulgado por autoridades públicas distintas, para comunidades distintas, tornando a razão subserviente à vontade. O *jus gentium* se propunha a regulamentar as relações humanas em uma base ética, formando uma espécie de “razão comum de todas as nações” em busca da realização do bem comum, segundo a qual, de acordo com Tomás de Aquino, o Direito não deveria favorecer uns poucos, ou beneficiar apenas certos interesses, mas deveria, em vez disso, contribuir à realização do bem comum, em benefício último de todos os seres humanos, pois de outro modo seria injusto⁹⁴.

A *recta ratio* dotou efetivamente o *jus gentium* em sua evolução histórica de bases éticas e imprimiu-lhe o caráter de universalidade ao ser um direito comum a todos, para o bem comum, emanando em última análise da consciência jurídica universal, sua fonte material por excelência. A reparação das violações de direitos humanos reflete a necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça, aplicando-se, em conformidade com a *recta ratio*, aos indivíduos e aos Estados.

Vitoria afirmava que o *jus gentium* se aplicava a todos os povos e seres humanos e a *societas gentium* era a expressão da unidade fundamental da humanidade. Sustentou a necessidade de que todo o direito deve buscar o bem comum e que o direito natural não se encontra na vontade, mas sim na *recta ratio*⁹⁵.

No século XVII, na visão de Francisco Suárez, o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano e os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal. Defendia também que o *jus gentium* é formado por usos e costumes comuns à humanidade como direito universal, imbuídos na equidade e justiça, em harmonia com o direito natural de onde emanam normas, revelando o caráter universal⁹⁶.

⁹³ Laghmani, S. *Histoire du droit des gens – du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pédone, 2003, 90-94.

⁹⁴ Rento, J. P. *Jus Gentium: A lesson from Aquinas*. Finnish Yearbook of International Law, 1992, p.103-113.

⁹⁵ VITORIA, Francisco de. *La Ley*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 23-77.

⁹⁶ SUÁREZ, Francisco. *Selections from three Works*. Vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1994, p.326-341.

Vitoria e Suárez sentaram as bases de um direito de aplicação universal, de um direito para toda humanidade. Bem como Hugo Grotius, para quem toda a norma jurídica cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirige e já no século XVII admitiu a possibilidade de proteção universal dos direitos humanos contra o próprio Estado. Assim, as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas e não à razão do Estado. O ser humano e o seu bem estar ocupam a posição central nos sistemas das relações internacionais⁹⁷.

Cançado Trindade faz uma reflexão sobre a relação entre a *recta ratio* e o *jus gentium*. A *recta ratio* passou a ser identificada pelos fundadores do direito internacional do século XVI e XVII como pertencente ao domínio dos fundamentos do direito natural e para alguns ser o próprio direito natural. Os fundadores do *jus gentium* se inspiraram na filosofia escolástica do direito natural, em particular na concepção aristotélica – estóica – tomista da *recta ratio* e da justiça que concebeu o ser humano como um ser social, racional e dotado de dignidade intrínseca. A *recta ratio* passou a afigurar-se como indispensável à sobrevivência do próprio direito internacional⁹⁸.

Os princípios da *recta ratio* indicam que cada sujeito de direito deve atuar com justiça, boa-fé e benevolência. São princípios cogentes que emanam da consciência humana e demonstram a relação entre direito e a ética. O direito natural reflete os ditames da *recta ratio* em que se fundamenta a justiça. Cícero conceituava o direito da *recta ratio* como dotado de validade perene e inderrogável e afirmava que nada mais destrutivo e contrário à justiça e ao direito do que o recurso à força por uma medida de violência⁹⁹.

A emergência do positivismo jurídico, dotando o Estado de vontade própria reduziu os direitos dos seres humanos somente para os que o Estado concebia por intermédio do positivismo voluntarista. Contudo, o *jus gentium* é necessário e não voluntário, a tradição jusnaturalista jamais desapareceu e superou todas as crises. Tem-se verificado o renascimento do direito natural, a degeneração do positivismo jurídico e o retorno do direito natural com a afirmação e restauração de um padrão de justiça pelo

⁹⁷ LAUTERPACHT, Hersch. *The Grotian Tradition in International Law*. British Year Book of International Law, 1946, p.1-54.

⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-7. E.Nys. *The Development and Formation of International Law*. 6 American Journal of International Law, 1912, p.1-29. Sherman, *Jus Gentium and International Law*. 12 American Journal of International Law, 1918, p. 56-63.

⁹⁹ Cicero, *The Republic – The Laws*. Oxford, University Press, 1998, p.166.

qual se avalia o direito positivo e reforça a universalidade dos direitos humanos que se projeta para o século XX e XXI¹⁰⁰.

O pensamento de Francisco Vitoria também se projeta na reconstrução do Direito Internacional, a partir da segunda metade do século XX, mediante o reconhecimento da importância dos seus princípios fundamentais, afigurando-se como precursor da emergência e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O retorno do jusnaturalismo tem contribuído para a afirmação e consolidação de ordem de valores e obrigações estatais em matéria de direitos humanos, reconhecido pelos jusinternacionalistas como a moralização do próprio direito e interesses comuns superiores. Resgatar o legado do *jus gentium* é sustentar a concepção universalista do Direito Internacional, consoante aos ensinamentos dos fundadores do direito internacional¹⁰¹.

O processo de formação do direito internacional contemporâneo demonstra uma mudança do consentimento individual para o consenso universal. O consentimento individual jamais poderia constituir a fonte última de uma obrigação legal, e a tendência era para uma “expressão da consciência jurídica da comunidade internacional”, superando a antiga postura positivista de busca do consentimento de cada Estado individualmente. Segundo Prosper Weil, a partir de uma dimensão estritamente interestadual do ordenamento jurídico internacional, as fontes foram reduzidas às vias convencionais e costumeiras, minimizando o papel dos princípios gerais do direito e da doutrina. As doutrinas positivistas não se preocupam com valores e ideias, mas apenas com as certezas jurídicas, mas não se pode excluir o *opinio juris* e os princípios que emanam da consciência jurídica da humanidade, presente nos trabalhos preparatórios na Convenção de Viena sobre direito dos Tratados de 1969¹⁰².

A teoria clássica das fontes do Direito Internacional Público não reflete a complexidade do processo de formação do direito devido à expansão da comunidade internacional e em razão da atuação e produção normativa emanada das organizações

¹⁰⁰ FRIEDRICH, C.J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 196-207.

¹⁰¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *General Course on Public International Law – International Law For Humankind: Towards a New Jus Gentium*, in *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International*, 2005. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III, Porto Alegre, Fabris Ed., 2003, pp. 450-453.

¹⁰² WEIL, Prosper. *Le Droit international em quête de son identité – Cours general de Droit International public*. 237 *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de La Haye* (1992) pp.131-201. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 80-81.

internacionais, superando o paradigma interestadual das relações internacionais. O desenvolvimento progressivo do direito internacional, a partir do trabalho desenvolvido pelas organizações internacionais se baseia em princípios que possuem validade e emanam do direito natural, comprovando que o consentimento não pode ser fonte última do Direito Internacional Público. Kaplan e Katzenbach rejeitaram a tese do consentimento como elemento essencial e predominante na formação do costume internacional obrigatório, pois o consentimento seria apenas uma ficção usada para harmonizar a prática com a teoria¹⁰³.

A doutrina jusinternacionalista adotou posicionamento que limita as fontes formais do direito internacional, excluindo os fundamentos jurídicos concernentes à validade das normas do direito, com isso foram afastadas, ignoradas muitas normas jurídicas essenciais e basilares para a formação deste Direito, como valores, crenças etc., reduzindo a uma postura meramente formal do Direito, causando um esvaziamento do ordenamento jurídico incapaz de satisfazer desejos sociais da humanidade.

J.H.W. Verzijl, depois de distinguir devidamente “fontes” formais de materiais do Direito Internacional Público, ponderou que não era possível examinar as “fontes” do Direito Internacional Público sem reconhecer a importância do direito natural para o direito das gentes¹⁰⁴.

Isso mostra que a visão dos jusinternacionalistas desconstituiu a essência do direito internacional, pois lhe é inerente. O direito natural é composto por valores e crenças morais e sociais que garantem o direito das gentes. Esse pensamento foi seguido da ideia de que fontes formais também eram consideradas fontes do direito internacional se estas fossem vistas como meio procedimental de determinado sistema jurídico. Contudo, não deve se ater a mero procedimento formal, pois, com o surgimento da consciência jurídica, adveio a possibilidade de reconciliar o direito com a moral para evitar o regresso da humanidade a tempos de horror das Grandes Guerras, protegendo-a da vontade arbitrária dos Estados, tornando o homem o centro das relações internacionais.

A.Vedross fala de uma “ideia do direito” como fundamento de um sistema jurídico. Nesta ideia encontram-se Estados, organizações internacionais e os demais agentes que compõem o cenário internacional reconhecendo as fontes “não-estatais”, ou

¹⁰³ KAPLAN, M. A. e KATZENBACH, B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, Zahar, 1964, p. 272.

¹⁰⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.83.

seja, não será direito somente aquilo que emana do Estado, mas também as decisões proferidas pelas organizações internacionais, entidades de sociedade civil, indivíduos. Isso é decorrente da consciência jurídica da humanidade, mostrando efetivamente a humanização do direito internacional¹⁰⁵.

Verifica-se, portanto, a defasagem do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que elenca as fontes do direito internacional, pois nesse artigo não constam as fontes não estatais, decorrentes de atuações de entidades civis que atuam na seara internacional. Muitos jusinternacionalistas, indo contra a concepção do realismo e positivismo, anteriormente elucidadas, criaram duas linhas de pensamento: a chamada “escola do direito espontâneo” e a “escola histórica”. A primeira, como o próprio nome elucida, fala sobre a espontaneidade das fontes, as normas internacionais consuetudinárias e, como são voltadas à manutenção do bem comum da humanidade, não precisam de procedimento ou fonte formal para surgirem. A segunda escola aborda a temática de que a prática é “uma expressão autêntica da consciência jurídica das nações”, na atual teoria moderna do direito internacional que busca combater a resistência de parte dos Estados em aceitar e respeitar normas de interesses gerais¹⁰⁶.

A *opinio juris* surgiu no século XIX indo em direção a uma consciência jurídica comum (normas advindas do direito consuetudinário) se afastando da vontade dos Estados. É fonte de extrema importância para a evolução do Direito Internacional, pois ela formou um “direito de consciência” da humanidade¹⁰⁷. O caso Nicarágua vs. Estados Unidos (1986) traz a importância que a CIJ atribuiu a *opinio juris*, que consiste na própria formação do direito internacional contemporâneo e não mais mera fonte formal. Essa consciência se sobrepõe a valores dos Estados que antes eram considerados verdadeiras formas de direito. Diferente das fontes formais, *a opinio juris* traz uma fonte material, a obrigatoriedade, que dá origem às normas *jus cogens*.

Séculos atrás, o Direito Internacional era um “voluntarismo estatal ilimitado” em que a guerra injusta, tratados desiguais, violações de direitos humanitários eram permitidos e com isso surgiram princípios como o da igualdade jurídica dos Estados, solução pacífica de conflitos, proibição do uso e ameaça de força e de guerra.

¹⁰⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85.

¹⁰⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

¹⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.88.

Adotando uma visão jusnaturalista – retorno às origens - as fontes formais vieram com o intuito de satisfazer reivindicações com cunho ético, aclamado pelo ordenamento jurídico internacional. Portanto, afasta-se o positivismo jurídico, já que era incapaz de explicar as normas advindas do costume, da comunidade internacional, e trouxe uma consciência jurídica universal, em que o homem é elemento central das relações internacionais, garantindo sua proteção, seja em jurisdição interna ou internacional¹⁰⁸.

Como elucida Cançado no que tange à democratização do direito internacional, caracterizado no século XX como um momento da história marcado por profunda reflexão, em escala universal sobre as próprias bases da sociedade internacional e a formação gradual da agenda do século XXI¹⁰⁹.

Essa democratização contribuiu para que houvesse atenção para a comunidade internacional, procurando resultados satisfatórios que viessem atender suas necessidades, colocando todos os seres humanos como personagem principal das relações internacionais, entendendo, finalmente, que a vontade do Estado tem limites, refletindo a humanização do direito internacional e o retorno às origens de Francisco de Vitoria.

O Direito agora protege os mais vulneráveis juridicamente, pois há uma imposição do acesso à justiça em qualquer grau de jurisdição, assegurando uma maior participação do indivíduo perante os Organismos Internacionais para ter seu direito que foi transgredido reparado. Trazemos à baila o Protocolo XI à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que o indivíduo agora poderia acessar a Corte diretamente. Deve existir a capacidade processual de reivindicar ou exercer quaisquer direitos devendo haver equidade entre as partes litigantes no processo, pois o próprio acesso à justiça é garantia de igualdade.

A emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional e os limites da razão de Estado está presente no trecho “Derecho das Gentes reglamenta una comunidad internacional constituída por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva com la própria humanidad”¹¹⁰

¹⁰⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.89.

¹⁰⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.110.

¹¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.119.

Esse pensamento veio para substituir o positivismo jurídico, presente no pensamento de Hegel pela subordinação do indivíduo às decisões de Estado, e trouxe a ideia de liberdade, de reconhecimento do homem como sujeito de direitos e deveres do Direito Internacional, principalmente a partir do século XX.

Por mais que atualmente as relações internacionais sejam diferentes dos fundadores do direito internacional, ainda temos as mesmas aspirações e necessidades humanas, sendo crucial um ordenamento internacional que contenha a participação dos Estados e indivíduos. O que temos é uma revolução jurídica, que advém do reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direito em qualquer grau de jurisdição, tanto no plano internacional quanto no nacional. A contribuição para a consciência jurídica adveio da necessidade que os indivíduos tinham de uma proteção jurídica em escala internacional.

Cançado afirma que “el movimiento universal em prol de los derechos humanos es irreversible, no admite retrocesos”. É inconcebível a ideia de que a humanidade possa voltar a vivenciar os horrores das guerras e da razão imposta pelos Estados, isso vai de encontro ao próprio Direito e seus fundamentos, apesar de não estar em um ideal para o bem comum da humanidade. A consciência jurídica universal é vista com o acesso livre do indivíduo a jurisdição internacional, com fundamento no direito natural e nas normas *jus cogens*¹¹¹.

No atual cenário internacional os tratados que versam sobre direitos humanos possibilitam medidas para monitoramento de violação desses direitos. Vale ressaltar que ponto crucial dessa nova ordem mundial é o acesso à justiça. Cançado Trindade usa como exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Lá vision que tengo de la base y alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana y su rol como tribunal internacional de derechos humanos; y segunda, la evolución que la Corte há sabido imprimir a su interna corporis, teniendo presente particularmente la condición del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹².

A jurisdição da Corte não se restringe somente a uma solução de conflitos entre os Estados e os seres humanos sob a sua jurisdição, a Corte decide também qual é o real Direito daquele conflito e impõem limites ao Estado para proteger os direitos dos

¹¹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.125-127.

¹¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.132.

indivíduos, que são superiores à vontade estatal. A limitação às razões de Estado já se encontrava na escolástica, receptiva a muitos humanistas e ideais renacentistas que contribuíram para a concepção grociana das relações internacionais, por meio da elaboração de uma doutrina fundamental, não conservadora, da lei natural e da justiça, limitando a lógica da razão de Estado¹¹³.

Há considerações de Ordem Pública Internacional construída acima da vontade individual dos Estados para que haja a manutenção dos direitos humanos em quaisquer circunstâncias e essa ordem traz procedimentos de direitos sobre a jurisdição internacional, provando que o indivíduo pode ingressar na jurisdição não só por ter um direito violado, mas por ser titular e destinatário final da jurisdição internacional.

A jurisdição da Corte e dos tribunais internacionais está correlacionada com a necessidade da humanidade de ter direitos resguardados, não somente por meio de Tratados e Convenções, mas por uma entidade jurídica estática que assegura a sanção à autoridade coatora da violação de direito. É inegável que o direito internacional assume um viés de identificar e cumprir metas sociais que beneficiem a comunidade internacional. Essa nova visão contribuiu para a evolução dos direitos humanos, humanitários e das organizações internacionais.

Cançado Trindade afirma que “males de nuestros tiempos” que podem ser vistos como as práticas de terrorismo, violações regulares de direitos humanos, miséria, devem ser rechaçadas dentro do Direito, não se pode combater tais problemas com violência, pois isso implicaria na violação das normas internacionais. Alguns Estados não aprovam esse método de solução de conflitos dentro do Direito, preferindo utilizar ainda a violência, mas ao violar as normas internacionais com o uso da força, mesmo que esse Estado fique por certo momento impune de sanção por parte do ordenamento jurídico internacional, as normas violadas ainda contêm validade, em nenhum momento a norma ficou sem seu conteúdo substancial. Aludindo ao que foi dito acima, a Carta das Nações Unidas vem ratificando o uso da não violência, não importando qual seja o Estado e o poder que este detém diante da comunidade internacional, e finaliza: “por encima de la fuerza está el derecho, asi como por encima de la voluntad está la conciencia”¹¹⁴. A humanidade tem de ser vista como sujeito ativo do direito internacional, em que ela é que limita a vontade do Estado e não o contrário.

¹¹³ VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth- Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 103.

¹¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.169-170.

Defende-se um novo *jus gentium*, o retorno às origens: um direito internacional para a humanidade.

O Direito Internacional contemporâneo apresenta três pontos de evolução: o Direito acima da força, o acesso direto do indivíduo à jurisdição internacional e a importância dos valores universais. Entretanto, apesar de ter ocorrido notáveis avanços no direito humanitário, ainda temos líderes de Estados que ignoram por completo esses avanços, a exemplo de cidadãos recrutados à guerra injusta concedendo licença para matar inescrupulosamente, sob o argumento de “defesa ao país”, caracterizando assim como crime de guerra. Acentuada tendência de certos Estados que antepõem interesses particulares aos superiores da comunidade internacional por fatos que configuram gravíssima violação dos direitos humanos, a exemplo dos crimes internacionais, terrorismo¹¹⁵.

A Carta das Nações Unidas estabelece que o direito consuetudinário e os princípios do Direito são instrumentos que impedem a perpetuação da violação de direitos humanos. O grande problema do terrorismo é que não há consenso no ordenamento jurídico internacional da sua tipificação como crime, ele possui caráter *sui generis*, porém, apesar de não ter única tipificação, a maioria dos Estados entende que a prática deve ser combatida e repudiada.

Cançado elucida que nada no direito internacional elucida um Estado a desencadear um conflito armado internacional com alegações de que determinado Estado contenha armas de grande potencial bélico que cause destruição em massa e que para isso existem mecanismos multilaterais que fazem o controle bélico mundial¹¹⁶.

A evolução decisiva do direito internacional e dos direitos humanos nada mais é que o reconhecimento de valores sociais que objetivam efetivar a verdadeira justiça. A grande contribuição dessa evolução veio por parte dos organismos internacionais e dos agentes internacionais (ONG's, indivíduos etc.). O novo *jus gentium* está agora a par de todos os males da contemporaneidade. No intuito de erradicá-los, transpõe as soluções do âmbito nacional para o internacional “imbuído um sentimento inquebrável de justiça”¹¹⁷.

¹¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 396.

¹¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 397.

¹¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 405.

O que temos agora, diante de toda a evolução do Direito Internacional, é a sua humanização, em que a prioridade é realizar metas e valores para a humanidade e em que temos o homem como destinatário da norma, sujeito ativo da jurisdição internacional, elemento central de todo o ordenamento jurídico e, como consequência, a multiplicação dos tribunais internacionais trazendo a realização da justiça, a criação de uma justiça internacional, em que o Estado é responsável pelos seus cidadãos. Nada mais elucidada esse pensamento do que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma para julgar crimes na seara internacional (crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio, agressão), entretanto, não são quaisquer crimes e sim aqueles em que há máxima violação dos direitos humanos e do direito humanitário.

O Tribunal Penal Internacional é mais um instrumento de proteção e repressão à violação de direitos humanos, de jurisdição universal, de julgamento imparcial, aplicável a todos, independente de um Estado ter ratificado ou não o Estatuto de Roma. Além disso, o Tribunal demonstra que a Ordem Internacional não pode ficar apática às atrocidades cometidas aos seres humanos, não devendo apenas dar manifestações de cunho político, mas também adotar medidas que realmente visam à proteção dos seres humanos e a efetividade dessa proteção.

Sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos na lei natural, afirma-se que esses direitos independem de positividade, pois se originam da natureza do ser humano. Muitos autores defendiam o positivismo jurídico pela simplicidade e firmeza de sua abordagem, no entendimento de que nenhum direito é humano até que sejam colocados como direitos fundamentais na constituição de um país, ou uma declaração assinada por vários países (para todos, se possível). Bobbio passou a dizer que, desde sua positividade na Declaração da ONU de 1948, o fundamento filosófico dos direitos humanos não era mais um problema, pois esses direitos estariam incorporados na legislação. O perigo é que o positivismo está nas mãos de positivador, e pode ser empregado por um indivíduo ou grupo. E se vem outro positivador, leis injustas podem ser postas, sem nenhum recurso e opor-se à moral, de que a consciência universal é dirigida, como é a filosofia¹¹⁸.

¹¹⁸ BEUCHOT, Mauricio. La fundamentación de los Derechos humanos como Dilema moral XXXX. G. PECES-BARBA, *Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)* en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 28 (1988), pp. 194 ss.

Bobbio reconhece claramente que o positivismo tem capacidade de nos deixar indefesos contra o cancelamento ou redução dos direitos humanos. Por isso, os defensores dos direitos humanos se sentem compelidos a tentar e pressionar alternativas. A alternativa é a lei natural¹¹⁹.

O conceito de vida baseada na razão e na justiça comum foi submerso por um radicalmente diferente e, em termos internacionais, francamente anarquismo da razão - *raison d'état*, que foi progressivamente substituído pelo ideal de justiça comum e um direito de toda a humanidade, todos os pedaços seriam de ferro, e a relação natural dos Estados seria guerra crônica. O início do século XX, que tinha o selo do inédito de brutalidade na política internacional da Europa, assim convocou um retorno intelectual, entre uma série de juristas, para os escritos dos teólogos espanhóis¹²⁰. Por esse motivo, propõe-se o retorno às origens para a humanização do direito internacional e para a jurisdição universal para repressão de crimes internacionais.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Presente y futuro de los derechos del hombre. In El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa, 1992. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Madrid: debate, 1993, p. 228

¹²⁰ VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth- Century Spain. A Heuristic Overview*. Logos 16:2, Spring, 2013, p. 120.

CAPÍTULO 2 – A HIERARQUIZAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO

2.1 - Normas Jus cogens¹²¹

No período de 1453 a 1648, Francisco de Vitoria, apesar de não afirmar de forma clara o caráter *iuris cogenitis* das normas de Direito Internacional, ele criou condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens* ao fazer relação ao Direito Natural que considera imutável, que goza de obrigatoriedade/exigibilidade externa e que possui natureza imperativa¹²².

Domingo de Soto também defendeu a vigência de normas *iuris cogenitis* de Direito Internacional (positivo), a exemplo das normas que permitiam a escravização de não cristãos em resultado de guerra, do princípio *pacta sunt servanda* e do respeito pelos parlamentários do inimigo em tempo de guerra e as normas indispensáveis como a propriedade privada. Contudo, é mais comum neste período a defesa de um Direito Natural imperativo – tratado no capítulo anterior - do que um Direito Internacional positivo *iuris cogentes*. Os tratados devem respeitar o Direito Natural e não devem ser cumpridos quando forem contra o próprio direito das Gentes¹²³.

Na visão de Francisco Suarez há uma inderrogabilidade de parte do próprio Direito Internacional (positivo), seja pelo efeito indireto do direito Natural, seja por força dos interesses da Comunidade de Nações. Defendeu que o direito das gentes é sensivelmente humano e positivo, é lei intermediária entre o direito civil e o direito natural e não pode derogar o direito natural e nem ser derogado sem o consentimento geral. Declarou ser impossível uma alteração do Direito Internacional Costumeiro Geral ou uma criação de um regime contrário ao Direito Costumeiro em alguns Estados, da vontade coletiva ou do Direito Natural. Portanto, defendeu a vigência do *ius cogens* positivo, mas de origem costumeira¹²⁴.

¹²¹BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997. SZTUCKI, Jerzy. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*. Springer-Verlag, New York, 1997. NICOLOUDIS, E.P. *La Nullite de Jus Cogens et le developpement contemporain du Droit international Public*. Papazissi, Athenes, 1974. KOLB, Robert. *Théorie du ius cogens international: Essai de relecture du concept*. Presses Universitaires de France, 2001.

¹²² BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 26.

¹²³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 28-30.

¹²⁴ *Idem*.

Alberico Gentili em *De Iure Belli* (1588-1589) faz relação entre o Direito Internacional e o Direito Natural e defende o caráter imodificável de ambos. Afirma que o Direito Natural-Internacional não pode ser anulado e nunca pode ser entendido para ser anulado, mesmo que a lei escrita estabeleça que o mesmo direito tenha sido rescindido, fato que apresenta relação com o caráter imperativo das normas de Direito Internacional¹²⁵.

A contribuição de Hugo Grotius foi no sentido de estabelecer a diferença entre o Direito das gentes positivo ou secundário que é mutável e o Direito das gentes primário relacionado com o Direito Natural, que goza de imodificabilidade, obrigatoriedade, exigibilidade externa e imperatividade, a exemplo do princípio da liberdade dos mares e do comércio, que não podem ser derogados por meio de tratados bilaterais. Para ele o Direito Internacional é um direito positivo, direito voluntário, de origem humana e o direito natural, apesar de imodificável, constitui um ordenamento em regra imperfeito, cujo foro é mais da consciência do que da realidade jurídica. Ou seja, o direito natural impõe meras obrigações internas que não alteram a existência de direitos externos que são oponíveis, como o Direito das Gentes. Portanto, o autor afasta o Direito Natural como parâmetro jurídico para os Estados, porém não ignorou a existência de um direito das gentes primário, fundamentado no direito natural¹²⁶.

Neste período - 1453 a 1648 – a prática internacional indicava que são normas de caráter *iuris cogenitis* as normas do Direito da Guerra, Direito do Mar, relacionado com a pirataria e liberdade dos mares. O Direito Canônico na *Respublica Christiana* limitava certas práticas entre os cristãos, como o recurso à guerra, a proibição da escravização dos prisioneiros de guerra ou de atos de violência contra não combatentes ou combatentes cristãos, a utilização de armas envenenadas ou envenenamento de água do inimigo, a inviolabilidade de parlamentários e proibição de recurso a determinadas táticas de guerra consideradas traiçoeiras¹²⁷. Trata-se de proibições de caráter humanitário, de forma que os beligerantes poderiam derogar se dissesse respeito a terceiros. Normas costumeiras pouco sedimentadas, de natureza dispositiva que nesse período não tinham caráter de normas *jus cogens*. Contudo, segundo Eduardo Correia Baptista, a proibição de escravização de não combatentes de guerras entre cristãos era

¹²⁵ GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III*, in *The Classics of International Law*, n. 16, vol. II, Osford/Londres, 1933 p. 8. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 31.

¹²⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 34-35.

¹²⁷ *Idem*.

suficientemente sedimentada na consciência jurídica internacional e que qualquer acordo tácito ou expreso não poderia derogar. Bem como quanto à proibição de agressões deliberadas e em larga escala contra não combatentes e o uso de armas envenenadas ou de venenos em geral teriam o caráter *iuris cogentis*. E assim conclui:

Assim, pensa-se poder concluir que, durante o período de 1453-1648, existem bases suficientes para se afirmar que vigoravam já determinadas normas *iuris cogentis* no Direito Internacional da Guerra entre Estados Cristãos, a saber: a proibição de escravizar não combatentes ou de desencadear ataques deliberados e em larga escala contra estes e a proibição de recorrer às armas envenenadas ou de envenenamento de águas potáveis¹²⁸.

No que se refere à pirataria, o século XVI fez surgir a convicção de que estes atos constituíam violação do direito Internacional e que todos os Estados tinham direito de combater e punir a pirataria, independente de esta ter concretamente sido cometida contra navios portadores de sua bandeira. Essa proibição se aplicava apenas em relação à pirataria contra cristãos, pois somente abrangeu a proibição contra não cristãos no princípio do século XVII. É possível entender que o regime da pirataria nesse período gozava de natureza *jus cogens* apenas em relação à proibição para os indivíduos e não para os Estados, pois estes poderiam autorizar a prática, não sendo considerados crimes internacionais e não mais sujeitos à jurisdição universal de Estados terceiros¹²⁹.

Nesse período a proibição de escravização de não combatentes cristãos e de agressões deliberadas e em larga escala em relação a estes, a proibição do recurso a armas envenenadas ou de envenenamento de fontes no Direito da Guerra entre Estados Cristãos e a proibição de pirataria dirigida exclusivamente aos indivíduos gozavam de natureza *jus cogens*.

No período de 1648 a 1919, o jusnaturalismo continua predominante em Samuel Pufendorf que entende que o Direito das Gentes se identifica com o Direito Natural, pois os costumes que se adaptam ao Direito Natural são os que são vinculatórios aos Estados¹³⁰. Contudo, o voluntarismo ganha força por Johann Wolfgang Textor, Christian Wolff, Emmer de Vattel entre outros, principalmente em razão do descrédito do Direito Natural, ainda que uma maioria defendesse a existência de limites jurídicos à

¹²⁸ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 56.

¹²⁹ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 56-63.

¹³⁰ PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes le Plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, Tome I, par le baron de Pufendorf, trad. Du latin par Jean Barbeyrac, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, p.8-655. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 95.

autonomia dos Estados, sobretudo referentes aos princípios *iuris cogentis* de Direito Internacional. Para Machado Villela, o objeto dos tratados deve ser possível jurídica e moralmente, considerando nulos os tratados que consagrassem o tráfico de escravos. Bem como para Henry Bonfils, todos os tratados devem ter objeto lícito, não podendo violar o direito Internacional positivo, a moral universal ou os direitos fundamentais da humanidade, a exemplo da escravatura, imposição de religião e entraves no comércio entre as nações. Mérignhac defende que a proibição da escravatura, da pirataria e da liberdade dos mares quando permitidos tornam nulos os tratados.¹³¹

Entretanto, a prática jurídica dos Estados nesse período tem relevância para o Direito da Guerra, o Direito do Mar e o direito Humanitário da Paz, nomeadamente a proibição de escravidão e a repressão do tráfico de escravos por todos os Estados, a proibição de massacre de estrangeiros e a conversão forçada de minorias religiosas. Outro ponto relevante é a liberdade dos mares como um princípio *iuris cogentis*, norma que tutelava o espaço de interesse de todos os Estados¹³².

Neste período, mantém-se a proibição individual da pirataria e, em razão da natureza comunitária, confirma-se a jurisdição universal de cada Estado na repressão à pirataria, sendo consideradas normas *jus cogens*. Contudo, o dever de repressão da pirataria em Alto Mar tratava-se ainda de norma *ius dispositivum*¹³³.

Eduardo Correia Baptista conclui sobre o período de 1648-1919:

De resto, julga-se que a prática internacional confirma estas posições doutrinárias no que diz respeito às normas estritamente humanitárias do Direito da Guerra, à proibição de apropriação em Alto-Mar, à proibição individual de pirataria, bem como à interdição de qualquer Estado a proteger e ao dever que lhes cabe de a reprimir, e as atividades que lhe estão conexas, no seu território. Também as confirma quanto às normas que impõe deveres aos Estados quanto à repressão do tráfico de escravos, de não explorarem ou incentivarem o trabalho escravo, bem como quanto à proibição de atentados generalizados contra a vida, integridade física e liberdade dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição, sejam estrangeiros, membros de minorias étnicas ou seus cidadãos em geral¹³⁴.

¹³¹ VATTEL, Emer de. *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la conduite et aux Affaires de Nations et Souverains*, vol I, Paris, 1758, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, p. 55-230. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex: Lisboa, 1997, p. 95-105.

¹³² BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 106-178.

¹³³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 178-182.

¹³⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 182.

Na primeira metade do século XX, surge uma minoria que contesta a existência de normas *jus cogens*, a exemplo de Karl Strupp que reafirma em princípio a natureza dispositiva do direito internacional por força da igualdade e independência dos Estados e que só o princípio *pacta sunt servanda* seria inderrogável. Contudo, a maioria defende a existência de normas internacionais *jus cogens* e o Direito Natural é o parâmetro jurídico imperativo ou que existem princípios de Direito Internacional costumeiros ou normas convencionais dotadas de natureza *iuris cogenitis*.

Fauchille invoca também como condição de licitude do objeto dos tratados, o respeito por princípios universais de Direito Internacional positivo, regras sobre a moral universal e direitos fundamentais da humanidade. Há um consenso sobre a imoralidade dos tratados e a sua nulidade nos casos que violem direitos e liberdade dos homens, permitam a escravidão, o tráfico de escravos, a morte de prisioneiros de guerra e o estabelecimento de propriedade em alto mar¹³⁵.

Nesse período, em especial depois da Segunda Guerra Mundial, vislumbra-se o caráter *jus cogens* de normas humanitárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a exemplo da proibição de penas coletivas sobre civis, de bombardeios deliberados sobre estes, confisco de bens essenciais para sobrevivência da população civil em território ocupado, deportações forçadas, trabalho forçado, violação da integridade física de prisioneiros de guerra, recusa de condições mínimas de higiene, alimentação e de instalação, violação da liberdade de consciência, em especial as normas da Convenção de Genebra de 1929 relativas a feridos e doentes, bem como a Convenção sobre Prisioneiros de Guerra, que posteriormente foi desenvolvida pelas quatro Convenções de Genebra de 1949¹³⁶.

Há decisões de tribunais, a exemplo do Tribunal Especial de Cassação Holandês que em 1949 decidiu sobre o caráter *jus cogens* das normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Tribunal Polaco do Círculo de Varsóvia que em 1959 considera *jus cogens* a Convenção de Haia de 1907¹³⁷.

¹³⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 26.

¹³⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 228. GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III*. In *The Classics of International Law*, n. 16, vol. II, Oxford/ Londres, 1933 p. 250-258.

¹³⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 196-197. A proibição da escravidão, a proteção das minorias, a proibição de deportação de populações civis estabelecidas na Carta do Tribunal Internacional de Justiça como crime contra a humanidade, confirmam o caráter de normas *jus cogens*.

A vigência de normas *jus cogens* trouxe limites imperativos à Ordem Pública e tornava inválidas as disposições dos atos jurídicos que violassem o já estabelecido no Direito Internacional Costumeiro. Portanto, inicialmente fundamentado no direito natural¹³⁸, questionava-se a possibilidade de codificação das normas *jus cogens*, mas que posteriormente integrou os primeiros relatórios da Comissão Internacional da ONU a partir de 1949¹³⁹, culminando na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, e posteriormente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986¹⁴⁰.

Nos debates inflacionados pela Convenção de Viena de 1969, o *jus cogens* tornou-se um dos indicadores de outro modelo baseado numa comunidade internacional de interesses comuns, superando o modelo bilateral de Wesfália, estando intimamente relacionado à implementação dos Direitos Humanos, em especial à questão de crimes ambientais e à responsabilidade dos Estados e dos indivíduos.

Esta Convención fue el resultado de un largo y árduo trabajo iniciado por la Comisión de Derecho Internacional em 1949. El reconocimiento del *jus cogens* ha sido um gran logro por cuanto em el ámbito internacional, por vez primera, se reconoce la existência de normas que no admiten acuerdo em contrario y se encuentran em la cúspide de las normas internacionales.¹⁴¹

Passamos então a analisar alguns aspectos dogmáticos do termo *jus cogens* para sustentar a responsabilidade internacional penal a todos os indivíduos.

Jus cogens é uma palavra latina que significa direito obrigatório, norma maior e inderrogável. Segundo Jolowicz, o termo foi introduzido pela doutrina alemã, mas para Reuter a origem está no Direito Romano por meio do *common law*¹⁴².

A doutrina jusnaturalista, como Verdroos¹⁴³, Abi-Saab¹⁴⁴ e Barberis¹⁴⁵, defende a existência de normas das quais os Estados não podiam dispor por formarem o núcleo

¹³⁸ BARBOSA, Samuel Rodrigues, 2002, p. 184-185.

¹³⁹ REMÓN, Florabel Quispe. *Jus cogens em el Sistema Interamericano: Su relación com el debido proceso*. Revista de Derecho, nº34, 42-78, Universidad del Norte, 2010, p. 45.

¹⁴⁰ BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens: e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europaeum*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

¹⁴¹ REMÓN, Florabel Quispe, 2010, p. 45.

¹⁴² MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 86.

¹⁴³ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Ed. Aguilar: Madrid, 1982; VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. Académie de droit international, Recueils des Cours, v. 16, 1927. P. 247-324.

¹⁴⁴ ABI-SAAB, G. *Introduction, in The Concept of Jus Cogens in International Law*. Ed. Carnegie Endowment for International Peace, London, 1967, p. 9.

¹⁴⁵ BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Ed. Tecnos: Madrid, 1984.

mínimo do Direito Internacional Público, portanto, não poderiam ser derogadas pelos tratados. Nessa linha, Paul Guggenheim indica que a expressão *jus cogens* definida por Windscheid estabelece que sejam regras de direito excludentes de toda atitude arbitrária das pessoas privadas, impõem-se mesmo que as partes queiram excluí-las¹⁴⁶. Trata-se de um “Direito Natural evolutivo”¹⁴⁷.

São normas imperativas, fato que implica em certa restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional. Vale ressaltar a importância da teoria do *jus cogens* para a ordem na comunidade internacional e como elemento dos crimes internacionais no atual Direito Internacional Penal¹⁴⁸.

Ou seja, pertencer ao *jus cogens* não significa ser tal norma considerada como obrigatória, pois todas as normas internacionais o são: significa que, além de obrigatória, os Estados não podem derogá-la¹⁴⁹, a não ser que a derrogação seja oriunda de uma norma de igual quilate¹⁵⁰. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional.

Nos primeiros relatórios da Comissão de Direito Internacional de 1949, Lauterpacht e Fitzmaurice já introduziam na sistemática do direito dos tratados a categoria do *jus cogens*. Lauterpacht apresentou temas que influenciaram essa categoria de normas: primeiro que a força vinculante das normas *jus cogens* é independente da vontade dos Estados, são fundadas no direito costumeiro internacional e os tratados devem ser interpretados segundo os ditames de boa-fé. Ademais, a liberdade de tratar é limitada pelos princípios pétreos de direito internacional, princípios gerais de direito, princípios de boa-fé e pela ilegalidade do objeto, ou seja, o objeto do tratado não poderá anular regras costumeiras internacionais que prejudicarão terceiros¹⁵¹.

¹⁴⁶ GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*, 2^o ed. 1967, p.128.

¹⁴⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 268.

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.154.

¹⁴⁹ “Por derrogação entende-se a conclusão de um tratado afastando a aplicação de uma norma imperativa de Direito Internacional Geral”. OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵⁰ RODAS, João Grandino. “*Jus Cogens em Direito Internacional*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. LXIX, faz. II, 1974, p. 124-135.

¹⁵¹ Lauterpacht faz referência à Declaração de Paris de 1856 e a Convenção sobre Escravidão de 1926, ou seja, a prevenção e extinção da escravidão não podem ser obstadas por quaisquer tratados, o que caracteriza ilegalidade do objeto. *Annuaire de la Commission du Droit International* (1953).

Esses princípios e a questão da ilegalidade do objeto dos tratados integram a ordem pública internacional dividida em regras de direito e regras de moralidade internacional que será o ápice do entendimento sobre o *jus cogens*.

Segundo o projeto de Fitzmaurice, a condição de validade dos tratados se subdividia em: validade formal, validade essencial e validade temporal. O *jus cogens* se referirá à validade essencial, ou seja, quando se alega que o tratado é incompatível com uma norma imperativa (*jus cogens*), o fundamento da denúncia é a falta de um requisito acerca do objeto/conteúdo do tratado. Essa norma imperativa pode estar expressa em um tratado, em um direito costumeiro ou por um princípio geral do direito, ainda que tenha origem no direito consuetudinário, ou seja, *jus cogens* é a qualidade da norma internacional (convencional ou não) que derroga tratado inconsistente¹⁵². E conclui que não são apenas regras jurídicas de cunho moral e normas baseadas na ordem pública internacional, mas também em normas de proteção individual.

Outro relatório de grande importância apresentado por Waldock à Comissão de Direito internacional reconhece não ser pacífica a postulação de normas cogentes no âmbito internacional, ou seja, não existe um catálogo que identifique e torne efetivo o rol de normas dessa categoria, mas ele encontra o principal fundamento na ordem pública internacional, a exemplo do uso da força regulada na Carta da ONU em 1919¹⁵³.

Portanto, a Comissão de Direito Internacional consolidou o entendimento de que efetivamente existem normas inderrogáveis ou que sejam derogadas apenas por outra norma imperativa posterior – ainda que pela vontade dos Estados em acordos internacionais¹⁵⁴.

Após anos de discussão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece (1969):

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

¹⁵² *Annuaire de la Commission du Droit International (1958)*.

¹⁵³ *Annuaire de la Commission du Droit International (1963)*.

¹⁵⁴ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 186. MATTOS, Adherbal Meira. *Direito Internacional Público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 127-128.

Artigo 64
Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de
Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Artigo 66, (a)

Qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos arts. 53 ou 64, poderá mediante pedido, submetê-lo à decisão da Corte Internacional de Justiça, a não ser que as partes decidam, de comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem.

Artigo 71

Consequências da Nulidade de um Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

a) Eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e

b) Adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:

a) Libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;

b) Não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

Uma vez exposta a construção inicial sobre o *jus cogens*, resta à doutrina e à jurisprudência internacionais fixar alguns parâmetros importantes. Ora, três grandes problemas surgem com a aceitação da existência de normas *jus cogens*: o detalhamento do seu conceito, sua localização na hierarquia das fontes do Direito Internacional Público e sua fundamentação relacionada com a natureza do Direito Internacional. Passemos a uma tentativa de conceituação e análise.

Na maioria dos conceitos existentes, há apenas uma noção relacional, isto é, faz-se necessária a relação entre norma imperativa e inderrogável. No entanto, podemos chegar ao conceito das normas *jus cogens* a partir de três elementos: imperatividade, universalidade e inderrogabilidade¹⁵⁵.

A primeira e mais citada característica é a imperatividade que é a qualidade de uma norma que torna nula qualquer disposição constante de um ato jurídico que procure

¹⁵⁵ BRITO, 2008, p. 190.

estabelecer um regime jurídico contrário. Contudo, não é característica exclusiva das normas *jus cogens*¹⁵⁶.

As normas de caráter *jus cogens* se impõem aos Estados e limitam sua autonomia da vontade. Assim, sancionam sua eventual violação com a nulidade do documento. Nas palavras de Virally essas normas objetivam o amparo de interesses que ultrapassam os simples objetivos específicos de cada Estado e a proteção dos Estados mais frágeis¹⁵⁷. Ou seja, se tais normas não se impusessem sobre todos os interesses e sobre todos os sujeitos, a Comunidade Internacional estaria em grande perigo.

Dessa característica decorre a nulidade das disposições que contrariem tais normas. Se o *jus cogens* já existia, a nulidade é prévia; se é reconhecido posteriormente, há a extinção do documento, conforme os dispositivos da Convenção de Viena de 1969, o que não significa interferência na soberania dos Estados, visto que há fundamento na própria Convenção.

Há também o entendimento de que uma norma convencional ou qualquer outro ato jurídico que procurasse derogar um dos elementos ou aspectos da norma *jus cogens*, de fato, não estaria a derogar alguma norma *jus cogens*, não podendo ser considerada nula, pois esse tratado seria norma totalmente ineficaz. Isso porque, quando alguns Estados fizeram reservas ao artigo 53 e 64 da Convenção de Viena de 1969, como, por exemplo, Bélgica, Dinamarca e Alemanha, com a intenção de derogar o conceito e o regime de *jus cogens*, nenhum outro Estado objetou essas reservas, tornando-as válidas, ou seja, não nulas. Contudo, essas reservas são inúteis, ineficazes, pois todos os Estados continuam vinculados ao caráter *jus cogens* das normas costumeiras, possibilitando que os demais Estados invoquem o artigo 66 da Convenção de Viena de 1969, que estabelece solução judicial, arbitragem e conciliação nos casos de interpretação e aplicação de normas *jus cogens*¹⁵⁸.

A imperatividade das normas *jus cogens* traria três principais reflexos segundo Virally: obrigações dos Estados em relação aos indivíduos; limitação da soberania em relação a grupos humanos e obrigações do Estado em relação à sociedade internacional, como o não uso da força, independente de consentimento formal¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 347.

¹⁵⁷ VIRALLY, Michel. *Réflexion sur le Jus Cogens in Annuari Français de Droit International*, vol. XII, 1966, p. 10-15.

¹⁵⁸ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 483-484.

¹⁵⁹ MELLO, ob. cit. p. 86.

A segunda característica, a universalidade, pode ser observada no artigo 53 da Convenção de Viena de 1969, ao consignar que “[...] uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo [...]”. Sendo assim, somente são *jus cogens* aquelas normas que defluem de valores essencialmente humanos e universais, de proteção elementar a toda Comunidade Internacional¹⁶⁰.

Importante ressaltar que o reconhecimento pelos Estados não significa que todos devem aceitar a norma imperativa, mas sim que seja aceita por um número significativo de Estados que possuam influência e importância na comunidade internacional¹⁶¹. A universalidade e a importância do *jus cogens* também estão relacionadas ao objeto de proteção dessas normas – valores essenciais e inerentes à dignidade da pessoa humana - que se torna uma exigência em todo mundo.

La noción jurídica de la dignidade de la persona proclamada en la Carta de las Naciones Unidas expresa una aspiración ética que há contribuído a dar concreción e precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones erga omnes, categorías que han ido entrando progresivamente em la doctrina y en la práctica internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas inspiradas em la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotência de la voluntad de los Estados en Derecho Internacional¹⁶².

Sobre a característica da universalidade duas teses vão se opor, a subjetivista e a objetivista. A subjetivista que repousa unicamente sobre a vontade dos Estados, ou seja, deve-se analisar se a maioria dos Estados aceita o caráter *jus cogens* daquela norma. Baseados na teoria voluntarista do Direito Internacional, como Anzilotti, Tunkin e Ago defendem que essas normas não possuem características intrínsecas, são simplesmente emanção de uma vontade imperativa dos Estados. Essa é a tese apresentada pela Convenção de Viena de 1969. Contudo, a tese objetivista entende que o reconhecimento estadual do seu caráter *jus cogens* é de pouca relevância, pois elas se individualizam por características próprias, que embora dependendo da prática internacional, são as normas que tutelam um interesse especial, como os valores essenciais da Comunidade de Estados, tese defendida por Virally, Vedross, Simma e adotada pela Comissão de Direito Internacional¹⁶³.

A questão é, se adotarmos a tese estritamente subjetivista, as normas *jus cogens* se reduzirão a uma quantidade ínfima, pois se aplicaríamos apenas aos Estados que na prática

¹⁶⁰ ROBLEDO, A. Gomes *apud* BRITO, 2008, p. 192.

¹⁶¹ Nesse mesmo sentido REMÓN, Florabel Quispe. *ob. cit.* p. 46; Guitiérrez Espada e Remiro Brotons.

¹⁶² SALCEDO, J. A. Carrillo. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos em el Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª Edição, Madrid: Tecnos, 2001, p. 150.

¹⁶³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 269.

internacional reconhecessem esse caráter. A teoria puramente voluntarísticas é falha, pois até mesmo os voluntaristas reconhecem a impossibilidade de recorrer à vontade de toda a comunidade internacional dos Estados. E a tese estritamente objetivista poderia excluir normas de interesse individual, ainda que grande parte dos Estados aceite como *jus cogens*. Nesse sentido, defende-se uma tese mista com preferência às considerações objetivistas, a exemplo das normas de direito Costumeiro que tutele interesses comuns. Julga-se que as normas internacionais costumeiras poderão ser consideradas *jus cogens*. Segundo Baptista:

(...) que a aceitação e o reconhecimento da norma de Direito Internacional como norma de *ju cogens* se realiza com o mero apoio de uma maioria qualificada de Estados, não sendo necessária a unanimidade. Julga-se, contudo, que fará sentido exigir ainda um elemento qualitativo para que esteja formada esta maioria: será ainda necessário que esta compreenda Estados representativos dos principais grupos estaduais da Comunidade Internacional, agregados em função da sua cultura e interesses¹⁶⁴.

Por fim, a inderrogabilidade das normas *jus cogens* é marco especial na caracterização das normas *jus cogens*. Significa que essas normas não podem ser revogadas pela vontade dos Estados. Ressalte-se que não se trata de uma questão de eficácia e sim de vigência (sua validade temporal). Assim, enquanto vigente, a norma não pode ser afastada. É uma decorrência da imperatividade dessas normas.

Nesse sentido, Mazzuoli,

Dizer que o *jus cogens* é ‘norma imperativa de Direito Internacional geral’, não significa dizer que seus preceitos são somente obrigatórios, uma vez que mesmo aqueles derivados do *jus dispositivum* também o são, mas quer significar que são insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes. Em princípio, toda norma jurídica é obrigatória, mas nem todas são imperativas, como é o caso do *jus cogens*. A imperatividade das normas de *jus cogens* passa, assim, a encontrar o seu fundamento de validade na sua inderrogabilidade¹⁶⁵.

Não obstante, Wladimir Brito e Miaja de La Muela defendem que as normas *jus cogens* são revogáveis, no entanto, exigem que tal processo seja idêntico ao de sua

¹⁶⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 274. Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional no comentário do artigo 19 sobre crimes e delitos internacionais. *Report de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session*, ACIDI, 1976, vol. II, parte II, p.110.

¹⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2011, p.134. Em outra linha de argumentação, Eduardo Correia Baptista afirma que “à luz da prática internacional, não se pode sequer afirmar que as normas *iuris cogentis* prevaleçam sobre as normas costumeiras *iuris dispositivi* concluindo que, por o conflito entre essas normas ser uma questão de mera interpretação, pode a norma *iuris dispositivi* vir revogar a norma *iuris cogentis*, por simples aplicação da norma posterior”. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex: Lisboa, 1997, p.343.

criação¹⁶⁶. Seria essa a posição da Convenção de Viena de 1969 ao dispor no artigo 53 que “[...] pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”¹⁶⁷.

Em razão de as normas *jus cogens* decorrerem de um “consenso” global acerca de sua necessidade, afirmam alguns autores, como Virally e Barberis, que elas são a consolidação de um direito costumeiro ou normas e princípios do Direito Internacional Público¹⁶⁸. Por outro lado, a maioria dos doutrinadores admite a criação de normas *jus cogens* via tratado e alguns advogam a existência de tais normas em âmbito regional¹⁶⁹.

Após a análise dos elementos do *jus cogens* é relevante detalhar sobre as fontes das normas *jus cogens*.

Verdross inclui como fonte das normas *jus cogens* tanto os costumes como os princípios de direito internacional público. Afirmou que existem tratados maculados de vício de consentimento – *anfechtbare Verträge* - que poderiam ser contestados pelos Estados Parte e os tratados que feriam, dentre outros requisitos relacionados ao objeto, as normas imperativas de Direito Internacional. Estes seriam nulos – *nichtige Verträge* - pois as normas imperativas seriam de duas ordens: por natureza costumeira e as decorrentes dos princípios gerais de Direito Internacional asseguradoras dos bons costumes¹⁷⁰. Verdross¹⁷¹ explicita também que há certa dificuldade em estabelecer uma ética internacional a toda comunidade, pois existem diferentes concepções de moral.

Ocorre que princípios gerais de Direito Internacional asseguradores de bons costumes se fundamentam no Direito consuetudinário, elevados posteriormente ao caráter de normas *jus cogens*. Ou seja, as normas costumeiras humanitárias possuem caráter de *jus cogens*, a exemplo dos parâmetros utilizados para a constituição dos Tribunais Internacionais para Ex-Iugoslávia e para Ruanda, por intermédio do Conselho

¹⁶⁶ BRITO, 2008, p. 196. Nessa linha, Samuel Barbosa entende que “o *jus cogens* é regra imperativa, o que lhe garante primazia no caso de inconsistência com o tratado. Vale distinguir que imperatividade não é sinônimo de obrigatoriedade. Todas as normas internacionais são obrigatórias, a imperatividade é uma propriedade suplementar que, vale insistir, garante que uma norma internacional imperativa (*jus cogens*) não seja derogada senão por outra norma imperativa posterior”. BARBOSA, Samuel Rodrigues, 2002, p. 89.

¹⁶⁷ *Ibid*, p. 194.

¹⁶⁸ Lauterpacht e Fitzmaurice defendiam essa ideia nos projetos apresentados à Comissão de Direito Internacional.

¹⁶⁹ *Ibid*, p. 192.

¹⁷⁰ Neste sentido Kelsen, George Dahm, Salvio e Quadri. Monaco, em especial argumenta que o princípio da proibição da apropriação por um Estado do Alto Mar e a proibição a prática da pirataria configuram normas *jus cogens*. VERDROSS, 1927, p. 574.

¹⁷¹ *Idem*.

de Segurança da ONU, para julgar indivíduos responsáveis por violações do Direito Internacional Humanitário¹⁷².

O Tratado internacional não passa de um contrato entre os Estados, natureza que colide com a generalidade da norma *jus cogens*. Não que o *jus cogens* deva ser necessariamente universal, mas os seus destinatários não precisam dar o seu consentimento para que estejam vinculados. A possibilidade de o Estado violar o cumprimento de uma norma *jus cogens* poderá esvaziar por completo a tutela do interesse público internacional, a exemplo da apropriação de parcelas em espaços comuns ou do recurso à força. Esta característica da norma de vincular os Estados, independente de consentimento, é incompatível com a sua formação via convencional, principalmente pelo fato de um tratado não vincular terceiros, e sim, o costume é a fonte das obrigações para terceiro¹⁷³.

Se as normas *jus cogens* fossem estabelecidas por tratados internacionais, elas estariam sujeitas ao seu respectivo regime, como o direito de fazer reserva, suspensão ou cessação de vigência. Essa possibilidade de reserva não faz qualquer sentido quando se tratar de uma norma *jus cogens*, pois estas não devem estar na inteira disponibilidade das partes. Ainda que o Estado fosse objeter em relação a essa norma, isto seria irrelevante, pois a sua vinculação independe do consentimento livre e consciente, exigido na aceitação dos tratados¹⁷⁴.

Claro que nada impede que um tratado tenha uma norma *jus cogens*, desde que seja simultaneamente costumeira, que é de fato a base do *jus cogens*. Se o tratado for denunciado, revogado, a norma costumeira não será afetada e continuará em vigor para todos os Estados. Nas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e 1986, artigos 53,64 e 71, verifica-se que o *jus cogens* é norma geral de direito internacional, o termo “geral” reforça o entendimento de que ela não possui fonte convencional. Nesse sentido, Eduardo Baptista afirma que o artigo 64 ao falar na “Emergence of a new peremptory norm of general international law” e no texto “emerges” indica um processo de início de vigência de uma norma costumeira e não de

¹⁷² BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 464.

¹⁷³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 347-359.

¹⁷⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 360-363.

uma norma convencional. Portanto, não existem normas convencionais que criam o *jus cogens*¹⁷⁵.

O que se defende é que a formação do *jus cogens* é de origem consuetudinária, e não que somente o direito costumeiro pode estabelecer norma *jus cogens*. Nesse sentido Eduardo Baptista:

De resto, o *Ius Cogens* não é privativo do Direito dos Tratados ou sequer dos Actos Jurídicos dos Estados, aplicando-se a todos os actos que incidam sobre questões reguladas pelo Direito Internacional, incluindo actos de particulares. A natureza costumeira da proibição da pirataria é incontestável e os fins que tutela, embora não exclusivamente humanitários, justificam que, tal como no passado, seja considerada *iuris cogentis*¹⁷⁶.

Há o entendimento, com base no artigo 53 da Convenção de Viena, de que as normas *jus cogens* são uma nova fonte de direito internacional ligada ao novo papel da Comunidade Internacional. Contudo, o *jus cogens* não necessita de fonte autônoma para sua criação, pois se trata de formação consuetudinária, ou seja, o costume é fonte originária do direito e é fonte de normas *jus cogens*. Primeiro porque não são aplicáveis aos costumes as regras de revogação, suspensão, vigência e invalidade dos tratados, e a obrigatoriedade do Costume encontra-se sujeita a determinadas figuras decorrentes da Responsabilidade Internacional igualmente aplicáveis ao *jus cogens*. Ademais, uma norma costumeira vincula todos os Estados da Comunidade, independentemente de cada um destes ter participado na sua formação ou de ter dado o seu consentimento em relação a esta¹⁷⁷.

Integram o *jus cogens* a proibição da escravatura e do genocídio e que tem como fonte o costume. Bem como os crimes contra a humanidade, atos que impeçam a liberdade em alto-mar, a manutenção da ordem Pública, os direitos humanos e a proibição do recurso à força e da intervenção armada¹⁷⁸.

Sobre a posição hierárquica das normas *jus cogens* dentre as fontes de Direito Internacional Público, até o início do século XX entendia-se que os costumes e os tratados eram as únicas fontes do Direito Internacional¹⁷⁹ e que possuíam a mesma força

¹⁷⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 364-365.

¹⁷⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 477.

¹⁷⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 375.

¹⁷⁸ Strupp, Guggenheim, Delbez, Wengler, Tunkin, Zotiades, Vedross e Fanara em BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Editora Lex, Lisboa, 1997, p. 190 – 191.

¹⁷⁹ Desde 1945 a Corte Internacional de Justiça, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplica: as convenções internacionais, quer

jurídica. Porém, principalmente com a consolidação do conceito de normas de caráter *jus cogens*, esta ideia ficou superada¹⁸⁰. Dito de outra forma, o entendimento de que o Direito Internacional formaria um “bloco normativo único¹⁸¹” e que inexistiria hierarquia entre suas fontes não pode mais ser compreendido dessa maneira.

Os tratados dependem das normas costumeiras, pois é uma dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. É o costume que regula o seu modo de formação, existe verdadeira superioridade hierárquica do Costume sobre os tratados. As normas *jus cogens* só vêm confirmar essa hierarquia. O tratado é uma mera fonte derivada e subordinada que vai buscar o seu fundamento na norma costumeira. O costume é a única fonte originária da Ordem Jurídica Internacional¹⁸².

Entende-se que toda a formação do Direito Internacional Público é precipuamente consuetudinária, fonte do *jus cogens*¹⁸³.

Dentre os princípios guiados pela prudência de Vedross correspondentes à ética comum e universal da comunidade internacional são no que tange aos costumes: as normas que postulam a liberdade em alto mar, as que autorizam os Estados a ocupar terra *nullis* e as que concedem direito de passagem inofensivas pelas águas territoriais. Contudo, Vedross inclui normas imperativas decorrentes de princípios de Direito Internacional asseguradoras de bons costumes que não permitem aos Estados estabelecerem tratados contrários à manutenção à ordem pública. São as que proíbem aos Estados defender de ataques externos, cuidar do bem-estar de seus cidadãos, principalmente seus nacionais localizados no estrangeiro¹⁸⁴.

Ou seja, violariam normas imperativas todos os tratados que impedem os Estados de prosseguirem as tarefas que universalmente todos os Estados têm ou devem prosseguir. *Jus cogens* decorre da moral no direito positivo e existe não para satisfazer

gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; a jurisprudência, ou seja, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio de auxiliar para a determinação das regras de direito.

¹⁸⁰ BRITO, 2008, p. 188.

¹⁸¹ WEIL, Prosper. *Vers une Normativité Relative em Droit International?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, tomo LXXXVI, 1982, p. 17.

¹⁸² BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex: Lisboa, 1997, p. 379-380. Importante ressaltar que existem as normas convencionais indisponíveis que não admitem derrogação por tratado restrito, podendo gerar responsabilidade internacional do Estado. Existem as normas convencionais imperativas que implicam em invalidade do tratado que lhe for contrária e existem normas costumeiras inderrogáveis que não necessariamente são normas *jus cogens*.

¹⁸³ VERDROSS, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law*. *The American Journal of International Law*, 1937, 571-577.

¹⁸⁴ VERDROSS, 1937, p. 547.

os desejos individuais dos Estados, mas sim para o interesse da comunidade internacional que preserve o interesse de terceiros, com normas de proteção de Direitos Humanos e com normas que regulem o uso da força e definam atos criminosos no âmbito internacional.

Na defesa de uma hierarquia de normas, La Muela afirma que um ordenamento jurídico sem normas hierarquicamente superiores – prevendo proibições taxativas – e apenas com normas dispositivas não é sistema de regras, mas repertório de conselhos. Ou seja, o ordenamento internacional seria escalonado e o topo seriam as normas *jus cogens*¹⁸⁵.

Pois bem. Parece-nos razoável a compreensão de que determinadas normas e princípios, independente de sua origem (costumes ou princípios), têm natureza imperativa (*jus cogens*) justamente pelo fato de serem imprescindíveis à proteção dos interesses mais relevantes da comunidade internacional. Mesmo os críticos do *jus cogens* não conseguem ignorar a sua presença irradiante, assim, a norma ou princípio dessa natureza só pode ser revogada por outra norma ou princípio de mesma natureza.

Nesse diapasão, não é pelo fato de que a norma seja *jus cogens* que ela terá natureza absoluta e perene. Afinal, tais normas também possuem natureza “evolutiva” e dinâmica, o que possibilita determinadas mudanças e alterações de acordo com as necessidades e ânsias dos membros da comunidade internacional.

O desenvolvimento do conceito de normas *jus cogens* levou à defesa da existência de uma “ordem pública internacional” já mencionada nos projetos apresentados à CDI. Tal ordem é constituída por normas dispositivas de livre negociação e imperativas que se impõem sobre todas as vontades. As últimas são as normas *jus cogens*, que, pela sua natureza e conteúdo, devem ser consideradas como fundamentais e como mais importantes em relação às demais normas¹⁸⁶.

De acordo com a Convenção de Viena de 1969 e de 1986, o *jus cogens* é a Ordem Pública do Direito Internacional, apesar de existirem normas convencionais imperativas, normas inderrogáveis, indisponíveis ou as normas *jus dispositivum*, mas que não fazem parte do *jus cogens*, pois somente fazem as normas costumeiras cuja imperatividade for derivada de considerações de Ordem Pública. A Ordem Pública Internacional consagra o interesse público internacional que se subdividem em

¹⁸⁵ MUELA, A. Miaja de La. *Ius Cogens y Ius Dispositivum em Derecho Internacional Publico*. Vol. II, Madrid, 1960, p. 1126.

¹⁸⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto do, ob. cit. p. 120; MAZZUOLI, ob. cit. p. 154; BRITO, 2008, p. 189.

interesses coletivos ou diretos e os interesses coletivizados ou indiretos. Os primeiros tutelam direitos dos Estados sobre bens que são controlados e utilizados coletiva ou individualmente por todos estes e caso essas normas sejam violadas, implica em danos jurídicos a todos os Estados, a exemplo da proibição de apropriação de parcelas do Alto-mar. Contudo, as normas que tutelam interesses coletivizados surgem por força da evolução do Direito Internacional, que passa a impor deveres a cada Estado, a exemplo das normas humanitárias ou tuteladoras de direitos humanos, em especial as normas de repressão e punição de crimes internacionais¹⁸⁷.

Decisões da Corte Internacional de Justiça também fazem a diferença entre interesses coletivos e coletivizados, a exemplo do caso Reservas à Convenção sobre o Genocídio “Dans une telle convention, les états contractants n’ont pas d’intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d’être de la convention” e do caso Barcelona Traction “Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l’importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés.”¹⁸⁸

Torna-se mais relevante analisar o *jus cogens* com base em uma hierarquia das normas, de acordo com critérios de ordem *material* (o conteúdo).

É sobre essa ordem internacional que a doutrina vai se dividir¹⁸⁹.

Primeiramente os adeptos ao Voluntarismo defendem a plena (ou quase plena) liberdade convencional dos Estados, ao negarem a existência de uma ordem pública internacional e de normas imperativas, admitiam que somente os tratados firmados possuem validade independentemente do aspecto material de seu objeto. Portanto, o

¹⁸⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex: Lisboa, 1997, p. 282-285.

¹⁸⁸ Cour internationale de justice. Recueil des arrêts, Avis consultatifs et ordonnances Réserves a la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Reports of judgments, Advisory opinions and orders, Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the Crime of genocide Advisory opinion of may 28th, 1951, Société d’éditions a. W. Sijthoff’s A. W. Sijthoff publishing company, p. 23. Cour internationale de justice. Recueil des arrêts, 1970, p.32.

¹⁸⁹ Vedross indica três fases que fundamentam o direito internacional público: a jusnaturalista, a positivista dos Oitocentos e o positivismo monista de Kelsen. Na primeira fase há uma compreensão normativa universalista pela comunidade de Estados Soberanos que são autores e destinatários de regras comuns (tratados e costumes) que tem por fundamento o princípio *pacta sunt servanda* que integra a moralidade comum, o direito natural. Moser, citado por Vedross indica que a realidade internacional renuncia o normativismo explícito do direito natural e que o positivismo vai fundamentar a obrigatoriedade das regras internacionais. Nessa linha, Kelsen dispõe que o poder do Estado em concluir tratados é um princípio ilimitado do direito internacional, desde que o tratado não esteja em conflito com uma norma de direito internacional geral que tenha caráter de *jus cogens*. VERDROSS, Alfred. *Le fondement du droit international*. Académie de droit international, Recueil des Cours, v. 16, 1927. p. 247-324.

Direito Internacional seria formado unicamente ou com absoluta predominância de normas dispositivas, sendo sempre possível o afastamento pela vontade estatal. Isso decorreria do caráter individualista e voluntarista – incompatível com a limitação da vontade dos Estados – e da ausência de um poder central que possa tomar e impor suas decisões perante a Comunidade Internacional – incapaz de gerar normas imperativas.

As principais vertentes do voluntarismo se subdividem na doutrina da vontade unilateral ou da autolimitação dos Estados, seguindo na ideia de que o Direito Internacional é predominantemente constituído por normas dispositivas, cuja força vinculativa pode ser afastada pela vontade dos Estados, pois a ordem pública limitadora da autonomia da vontade é praticamente inexistente. Por fim, essa vertente afirma que todas as normas de Direito Internacional são dispositivas, exceto as normas de caráter geral que limitam alguns acordos particulares, estas teriam apenas por uma questão de ordem técnica o caráter de norma imperativa, mas não teriam a força das normas *jus cogens*, visto que os Estados são ao mesmo tempo os criadores das normas e sujeitos das obrigações que essas normas impõem¹⁹⁰.

A segunda ideia entende que o Direito Internacional é dispositivo e não obriga em absoluto os Estados, permitindo em certos casos a modificação das normas por acordo entre eles. Esse entendimento fundamenta-se no direito fundamental da independência dos Estados interessados, sendo impensável a existência de normas jurídico-internacionais imperativas – *jus cogens*¹⁹¹.

Outro fundamento que critica a presença do *jus cogens* na Convenção de Viena de 1969 e de uma ordem jurídica Internacional se solidifica na rejeição da distinção entre normas dispositivas e de normas imperativas, pois todo o direito pressupõe normas jurídicas e não morais, ou seja, toda norma é impositiva. Dessa forma, não teria sentido justificar a existência do *jus cogens* como norma superior hierarquicamente as outras normas jurídicas. Caso existissem, seriam verdadeiros princípios que poderiam trazer instabilidade, insegurança, pois os Tratados seriam condicionados as regras imperativas morais e não impositivas.

Nesse sentido, os negadores do *jus cogens* e da ordem pública internacional fundamentam-se no fato de que a sociedade internacional é desorganizada, inexistente governo central, tribunais com jurisdição compulsória e força física¹⁹². A aplicabilidade

¹⁹⁰ ANZILOT, Dionisio. *Cours de Droit International*. Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 98.

¹⁹¹ LIZST, Franz Von. *Das Volkerrecht*. Haring, 1913, p. 12-18.

¹⁹² SCHWARZENBERGER, G. *A Manual of International Law*. Stern & Sons, Londres, 1967, p. 29-30.

dos princípios expressos pelas Nações Unidas¹⁹³ e outros organismos internacionais poderiam representar apenas o esforço de criação de uma ordem internacional, produzindo apenas uma “quase ordem”¹⁹⁴.

Entendem que as normas *jus cogens* poderiam prejudicar assuntos internos por permitirem arguição de sua violação por qualquer pessoa, por servirem de justificativa para descumprimento de tratados, e por autorizarem a intromissão de terceiros Estados em assuntos alheios caso entendessem pela incompatibilidade de um tratado com o *jus cogens*¹⁹⁵.

Em suma, os opositores ao *jus cogens* partem da premissa de que as normas imperativas possuem o mesmo grau de exigibilidade das normas dispositivas e que aquelas são possíveis apenas onde exista um sistema jurídico efetivo, organizado e centralizado – o que falta ao Direito Internacional.

Uma das grandes dificuldades à aceitação e na aplicação de normas de caráter *jus cogens* é exatamente a definição de quais normas mereçam essa qualificação. Isto é, não é apenas o reconhecimento da existência do *jus cogens* e de uma Ordem Pública Internacional que sofre uma série de críticas e contraposições doutrinárias.

E, mesmo para aqueles que admitem a existência de uma Ordem Jurídica Internacional, é árdua a tarefa de estabelecer quais normas e princípios podem ter a sua natureza atribuída à natureza de *jus cogens*. Contudo, a doutrina e jurisprudência internacionais conseguiram trazer algumas respostas.

Em contraposição aos negadores, os adeptos ao jusnaturalismo (clássicos e modernos) defendem a existência tanto de uma “ordem pública internacional” e de normas *jus cogens*. Reiteram um fundamento objetivo superior à vontade dos Estados para o Direito Internacional e entendem que apenas a existência de tais normas imperativas – *ius necessarium* ou *ius cogens* - permite a sobrevivência da Comunidade Internacional e por fim, que estas normas são hierarquicamente superiores a todas as demais e não podem ser derogadas, diferente das normas dispositivas de livre negociação - *ius dispositivum* ou *ius voluntarium*¹⁹⁶.

O fundamento jusnaturalista mais remoto das normas *ius cogens* está, ainda que de maneira inicial, nos fundadores do direito internacional, que já indicavam a

¹⁹³ Princípio da soberania, do consentimento, do reconhecimento, da boa-fé, da responsabilidade internacional, da liberdade dos mares e da auto-defesa.

¹⁹⁴ SCHWARZENBERGER, G. ob. cit. p. 30.

¹⁹⁵ *Ibid*, p. 211-212.

¹⁹⁶ BRITO, 2008, p. 199.

existência de uma ordem pública com normas inderrogáveis. Com base na independência entre direito público e privado e, principalmente, na superioridade do direito natural, universal, imutável e inderrogável, esses autores criam as bases para uma ordem internacional¹⁹⁷.

Com base na análise histórica e filosófica que influenciaram a Convenção de Viena de 1969, Robledo dispõe que o *jus cogens* possui fundamentação jusnaturalista: “o *ius cogens* internacional é configurado e prefigurado, em seus traços essenciais, no texto profético de Francisco Vitoria.” E segue:

“de Vitoria à Vattel na sua maioria pelo menos, o direito natural assume função que corresponde na atualidade ao *ius cogens* e poderíamos até dizer que este substitui aquele com vantagens. Com efeito, existe entre o *ius cogens* e o *ius naturale* um estreito parentesco, aquele que lhes confere o fato de serem normas superiores, no mais alto da escala hierárquica, também pelo fato de serem todas as duas não derogáveis pela existência de convenção particular que lhes fosse contrária¹⁹⁸”.

Por sua vez, Francisco Vitoria esclarece que quando os Estados pactuam sobre matérias de grande importância para a Comunidade Internacional – que assim compreende tais normas –, não há apenas pacto, mas lei que vincula todos os Estados – independentemente de participação¹⁹⁹.

Nesse sentido, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros explicitam que o *jus cogens* representa ao mesmo tempo um fator de crise no voluntarismo²⁰⁰ e um reforço à fundamentação do Direito Internacional no direito Natural, acolhida pela Convenção de Viena de 1969²⁰¹.

As fontes de direito positivo se encontram hierarquicamente inferiores à ordem superior de valores da própria natureza humana. O direito natural se funda em quatro premissas essenciais: existe uma natureza constante e imutável, a natureza contém em si uma ordem normativa que lhe é estruturante, o homem pode conhecer essa ordem normativa contida na natureza e o direito positivo, como ordem normativa criada pelo

¹⁹⁷ BRITO, 2008, p. 199-200.

¹⁹⁸ ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le Jus cogens International: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. 1981, p. 22-24.

¹⁹⁹ VITORIA, Francisco. *Relectio de Potestate Civili, in Relecciones de Indios y del Derecho de la Guerra*. Tradução espanhola feita por Marques de Ollivart, Ed. Espasa, Madrid, 1928, p. 306.

²⁰⁰ O positivismo voluntarista fundamenta autores do século XIX, representantes clássicos da dogmática do direito das gentes e para indicar os autores do séc. XX defensores do dogma da vontade dos Estados.

²⁰¹ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 285.

homem para regular sua convivência em sociedade e retira seu fundamento de validade dessa ordem normativa natural que lhe serve como paradigma²⁰².

Portanto, defende-se que o Direito Internacional Público foi universalizado e socializado, não podendo mais servir apenas aos interesses de alguns Estados. Devem ser aceitas as normas *jus cogens* por exigências naturais, morais, econômicas e sociais, bem como para garantir a coexistência pacífica, a cooperação no cenário internacional e salvaguardar valores de importância fundamental da humanidade.

No dizer de Carrillo Salcedo, no contexto atual somente os *jus cogens* podem conceder as respostas a uma exigência de justiça e assegurar a plena realização da noção jurídica de Comunidade Internacional²⁰³.

Entretanto, autores não associados ao Jusnaturalismo como Pallieri, Quadri e Tunkin também defendem a existência dessas normas imperativas de direito internacional que contribuem para a tutela de interesses fundamentais em nível internacional, por formarem um *standart* moral da comunidade internacional, por servirem à solução de problemas mundiais e por expressarem os valores que são fundamentos da Comunidade Internacional²⁰⁴.

A partir do momento em que são determinados normas e princípios reconhecidos como de natureza *jus cogens*, surgem algumas correntes doutrinárias que buscam sistematizar e classificar tais normas e princípios. Verdross exemplifica algumas normas dessa categoria, como a proibição de tráfico de escravos, do genocídio e do uso ou da ameaça do uso da força; cooperação internacional, inviolabilidade dos Tratados²⁰⁵.

Jónatas Machado amplia sua conceituação, pois afirma que os direitos humanos em suas dimensões essenciais devem ser vistos como *jus cogens* dotado de validade planetária. Entende que a tese ocidentalista sustenta para além do *jus cogens* universal, pois ainda existem alguns princípios fundamentais como liberdade religiosa, igualdade entre homens e mulheres que são vinculativos para as comunidades ocidentais,

²⁰² TAVARES, Rodrigo de Souza. *O jus cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a Teoria do Direito*. Revista de Direito da Unigranrio, ISSN: 1984-7920.

²⁰³ No mesmo sentido é Dahm, ressaltando apenas que o critério para a determinação dessas normas deve ser restritivo. Kelsen, por sua vez, enumera tais normas como fundamentais ao Direito Internacional. Salvioli, na doutrina italiana, ressalta que os tratados devem possuir objeto lícito. Sendo que tal licitude deve ser aferida a partir das normas imperativas – sendo nulo se não houver tal conformação. No mesmo sentido está Quadri. Com base no Direito Internacional Consuetudinário, Monaco afirma que não podem ser objetos de tratado obrigações imorais ou que conflitem com os princípios de Direito Internacional universalmente aceitos. BRITO, 2008, p. 202.

²⁰⁴ BRITO, 2008, p. 202.

²⁰⁵ VERDROSS, ob.cit. p. 48.

diferentemente das comunidades de outras culturas. Sintetiza que a doutrina sobre o *jus cogens* se divide em maximalistas, para os quais todo o direito internacional dos direitos humanos é *jus cogens*; a doutrina intermediária para qual só compreende o núcleo essencial dos direitos humanos e a doutrina minimalista para as quais somente as normas de direitos humanos cuja violação configura crime internacional constituem *jus cogens*. Defende uma posição intermediária sobre *jus cogens* e que quanto mais alargada for a base de produção ou reconhecimento de uma norma internacional, e mais fundamental for o interesse protegido por essa norma, mais elevado deve ser o seu grau de vinculatividade, a menos que razões substantivas poderosas apontem em sentido contrário²⁰⁶.

Diante do exposto, podemos sintetizar normas *jus cogens* em: (a) normas imperativas relativas aos direitos soberanos dos Estados e dos Povos (igualdade, integridade, etc); (b) normas imperativas relativas à Manutenção da Paz e da Segurança (Igualdade soberana dos Estados, Independência dos Estados, Princípio da Não Ingerência nos assuntos internos, proibição de ameaça e uso de força, cooperação, coexistência pacífica etc.); (c) normas imperativas relativas aos Direitos dos Homens (Princípio do Respeito Universal e Efetivo dos Direitos dos Homens e das Liberdades fundamentais, Autodeterminação dos povos, proibição de genocídio, tráfico de escravos etc.) e, por fim, (d) normas imperativas relativas ao Uso de Espaço Terrestre e ultraterrestre pertencente à comunidade internacional²⁰⁷.

Portanto, são normas que se caracterizam pelo fato de serem gerais e universais, em virtude de serem “aceitas e reconhecidas pela comunidade Internacional dos Estados como um todo”. Para a caracterização dessa generalidade, a doutrina majoritária entende não ser necessária a aceitação por todos os membros da comunidade internacional, mas sim de sua maioria²⁰⁸. Importante ressaltar que, caso haja conflito entre normas gerais *Ius Cogens* Universais e normas *Ius Cogens* regionais (reconhecidas pela Organização dos Estados Americanos, ou Estados Africanos ou Europeus), há entendimento de que prevalecerá a que melhor estiver em benefício da humanidade.

Para ratificar esse entendimento, nas palavras de Hoogh, a aceitação das normas *jus cogens* na comunidade internacional dos Estados como um todo obviamente não significa que a unanimidade é exigida, porque normas imperativas podem vincular

²⁰⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional*. 4ª edição, Coimbra Editora, 2013, p. 143-144.

²⁰⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 395.

²⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Editora Saraiva: São Paulo, 2012, p. 47.

Estados contra sua vontade. É usualmente reconhecido que larga maioria de Estados pode aceitar uma regra como imperativa. Essa maioria deve conter Estados de todos os sistemas políticos e sociais²⁰⁹.

Há consenso mínimo de que existem normas imperativas no Direito Internacional, principalmente referentes a valores essenciais à comunidade internacional. A doutrina internacional e diversos documentos seguem nesse sentido, apesar da divergência sobre um conceito e sobre sua individualização.

A maior influência dessas normas está na proteção e promoção dos Direitos Humanos que ultrapassa as percepções de soberania e integridade territorial. O núcleo axiológico da sociedade atual, independentemente de Estados, vem sendo expresso por meio da consolidação dos Direitos Humanos. Isto é, se existem meios mais eficientes de proteção desse núcleo, existe um meio de garantir os valores mais essenciais para a Comunidade Internacional²¹⁰. Nesse sentido, ainda que se adote uma tese minimalista de *jus cogens*, os crimes internacionais, genocídio, a escravidão, a autonomia dos Estados, a equidade e a violação de direitos inerentes aos seres humanos configuram normas *jus cogens*²¹¹.

Ora, um dos melhores meios para isso é o reconhecimento de que existem normas imperativas que não dependem de uma manifestação dos Estados e que são vinculantes. Logo, não é facultado ao Estado, enquanto autoridade internacional, o direito de violar normas imperativas nem sequer possui direito de aquiescer com violações por parte de outrem²¹².

As normas internacionais costumeiras dos Direitos Humanos ou do Direito Humanitário de Conflitos Armados, que são *jus cogens*, tendo uma função de garantia, não prejudicam outras normas de tratados ou atos jurídicos unilaterais que consagram outros direitos mais extensos dos mesmos direitos ou normas que tutelem de forma mais alargada valores humanitários. Portanto, não são contrários ao *jus cogens* os direitos

²⁰⁹ HOOGH, André de. *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective* in Austrian Journal of Public and International Law, 1991, p. 187.

²¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Ob. cit. p. 47.

²¹¹ HOOGH, André de. *Obligations Erga omnes and international Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. Kluwer Law International, Netherlands, p. 47. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 401-405.

²¹² RODAS, João Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. LXIX, fsc. II, 1974, p. 124-135.

fundamentais consagrados em tratados ou normas internas que, embora aparentemente desviem da norma *jus cogens*, façam-no de forma mais favorável aos indivíduos²¹³.

Incluem como normas de origem consuetudinária *jus cogens*: a proibição da escravidão, prevista na Carta do Tribunal Internacional de Nurembergue, afirmando que a redução ao escravagismo é crime contra humanidade, sendo a sua proibição confirmada pela Declaração Americana de Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de Direitos Civis e Políticos e Carta Africana. A proibição de genocídio e a sua posterior reafirmação como crime internacional individual nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Bem como a proibição de tortura e penas cruéis, proibição de prisão arbitrária indefinida, garantias processuais penais mínimas e a proibição de retroatividade do Direito penal desfavorável. As disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos são de natureza costumeira que tutelam diretamente seres humanos, portanto, são normas *jus cogens*²¹⁴.

2.2 - Obrigações *erga omnes*

Importante ressaltar a relação existente entre as normas *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*. Contudo, inicialmente cabe destacar que existem interesses comuns, públicos, e existem interesses de cada Estado, privados, sendo necessário estabelecer as diferenças entre obrigações bilaterais e obrigações *erga omnes*.

As obrigações bilaterais são aquelas impostas por normas internacionais que impõem uma obrigação a cada Estado em relação a outro, gerando responsabilidade internacional do Estado vinculado em relação ao Estado titular do correspondente direito diretamente afetado, a exemplo da violação do espaço aéreo de cada Estado. As obrigações *erga omnes* obrigam todos os Estados, independentemente de acarretar danos diretos ao Estado, ou a um indivíduo, constituindo uma situação jurídica absoluta, referente à Comunidade Internacional. Todas as normas que tutelam espaços comuns ou de uso comum, como o Alto Mar, são normas que, se violadas, afetam todos os Estados e todos possuem interesse jurídico para a responsabilização internacional. Portanto, o

²¹³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 344.

²¹⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 395-413.

interesse público - Ordem Pública Internacional - é garantido por uma estrutura multilateralizada de obrigações *erga omnes* que garantem aos Estados uma competência pública²¹⁵.

As obrigações *erga omnes* podem ter origem costumeira ou convencional. As de origem costumeira são classificadas como obrigações *erga omnes* universais e as de origem convencional ou de costumes regionais são classificadas como não universais, em razão da sua abrangência.

Outra classificação refere-se às obrigações *erga omnes imediatas* que tutelam interesses coletivos, ou seja, interesses puramente interestaduais. Diferentemente das obrigações *erga omnes mediatas* que garantem interesses coletivizados que não dizem respeito a um interesse estatal, mas sim um interesse de terceiros ou de toda humanidade, a exemplo de um Estado que incorre em responsabilidade internacional, quando demonstrado que não tomou medidas diligentes para evitar violações no seu território, mesmo que as práticas tenham sido realizadas por particulares, como a violação de direitos humanos e o cometimento de crimes internacionais. Nesse sentido, “Julga-se que deve ser consagrado um dever de cooperação quanto à adoção de medidas que ponham termo a tal situação/violações; e não apenas em relação a crimes internacionais, mas sim em relação a todas as violações de obrigações *erga omnes* tuteladoras de interesses coletivizados”²¹⁶.

Importante ressaltar que o indivíduo tem o poder de exigir do Estado ao qual se vincula que cumpra o seu direito e que exija que os outros indivíduos cumpram o seu direito, bem como que o mesmo Estado exija dos demais Estados o respeito dos seus direitos ou que pelo menos adotem medidas de garantia e de não repetição de violações. Dito de outro modo, os indivíduos são titulares de um direito complexo contra os Estados, com poderes de exigir o seu respeito e de exigir que faça respeitar e que os restantes dos Estados façam respeitar, bem como os indivíduos também são sujeitos a deveres de respeitar o direito dos outros, dever que se refere às normas que consagram os crimes internacionais – normas *jus cogens*²¹⁷.

Portanto, as obrigações *erga omnes* se referem a obrigações internacionais cujo cumprimento interessa à comunidade internacional. Normas pertencentes ao *jus cogens*

²¹⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 287-296.

²¹⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 293-294.

²¹⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 300-303.

geram obrigações *erga omnes*, pois o direito cogente contempla valores essenciais da comunidade internacional como um todo²¹⁸, obrigando toda a comunidade internacional. Nesse sentido, Cançado Trindade:

By definition, all the norms of *jus cogens* generate necessarily obligations *erga omnes*. While *jus cogens* is a concept of material law, the obligations *erga omnes* refer to the structure of their performance on the part of all the entities and all the individuals bound by them. In their turn, not all the obligations *erga omnes* necessarily refer to norms of *jus cogens*.²¹⁹

Também Eduardo Correia Baptista:

Visto que subjacente a uma norma *iuris cogentis* se encontra necessariamente um interesse público internacional, e dado que as obrigações *erga omnes* são um mero reflexo jurídico deste género de interesse, resulta claro que todas as normas de *Ius Cogens* impõem obrigações *erga omnes*. (...) Se o interesse público internacional é o fundamento e critério de *Ius Cogens*, a obrigação *erga omnes* é o seu reflexo natural e mais facilmente verificável²²⁰.

O conceito de *jus cogens* implica o reconhecimento de uma qualidade de direito material superior e as obrigações *erga omnes* significam qualidade de implementação do direito material. A Corte Interamericana de Direitos Humanos define que todas as normas *jus cogens* geram obrigações *erga omnes* e que aquelas representam um conceito de direito material e as obrigações se referem à estrutura de desempenho das entidades e dos indivíduos obrigados²²¹.

Considera-se obrigação *erga omnes* a obrigação que protege valores de todos os Estados da comunidade internacional, fazendo nascer o direito de qualquer um de seus membros em ver respeitada tal obrigação. Seu conceito é formado a partir da valoração especial da obrigação primária, tendo como consequência o direito por parte de todos os Estados da comunidade internacional exigir o seu respeito. Ser *erga omnes* é uma

²¹⁸ A expressão “comunidade internacional como um todo” segundo Yasseen indica a fase de aceitação, reconhecimento e salvaguarda à universalidade das normas imperativas. HOOGH, André de. *Obligations Erga omnes and international Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. Kluwer Law International, Netherlands, p. 46.

²¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law, 316 Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de La Haye*, 2005.

²²⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 318.

²²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo n. 18 sobre Condición Jurídica e Derechos dos Migrantes Indocumentados de 17.09.2003.

consequência da característica de um direito fundamental da comunidade internacional²²².

Sabendo que as normas *jus cogens* são normas costumeiras que impõem obrigações *erga omnes*, entende-se que todas as normas costumeiras referentes aos direitos humanos são *jus cogens*, apesar de uma corrente minoritária entender que *jus cogens* é apenas as normas que tutelam direitos humanos básicos que imporão obrigações *erga omnes*²²³.

“Obrigação” subdivide o direito subjetivo em dois conceitos: a esfera de liberdade de atuar e o poder de provocar a tutela estatal no caso de ser violada – a pretensão²²⁴. Em contrapartida, a expressão “obrigações *erga omnes* de direitos humanos” consagra o direito subjetivo de toda a comunidade internacional na proteção de tais direitos e que protegem seus valores essenciais. Segundo a Corte Internacional de Justiça, trata-se de um direito subjetivo-pretensão de ver cumprida a obrigação que possibilita que todos os Estados possuam interesse de agir de Direito Internacional contra um Estado ou indivíduo violador de direitos humanos²²⁵.

No caso Barcelona Traction²²⁶, a Corte Internacional de Justiça, mesmo não se referindo ao *jus cogens*, entendeu que essas “obrigações em face da comunidade internacional como um todo” nascem da ilegalidade diante do Direito Internacional contemporâneo, dos atos de agressão, de genocídio e das violações dos princípios e regras referentes aos direitos básicos da pessoa humana, tais como a discriminação racial e escravidão. Portanto, seriam as obrigações *erga omnes* consuetudinárias. Destaca-se:

“an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”²²⁷.

²²² MERON, Theodor. *On hierarchy of international human rights*. 80 American Journal of International Law, 1986, p.9.

²²³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 221.

²²⁴ LUMIA, Giuseppe. *Principios de Teoria e Ideologia del Derecho*. Madrid: Ed. Debate, 1993.

²²⁵ RAMOS, André de Carvalho. Ob. cit. p. 50.

²²⁶ HOOGH, A. J. J. *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective*. Austrian Journal of Public and International Law, nº42, p. 183-214, 1991.

²²⁷ Corte Internacional de Justiça, The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Sentença de 5 de Fevereiro de 1970, ICJ Reports, 1970, parágrafo 34, p. 32.

Refere-se, portanto, às obrigações de um Estado para com a comunidade como um todo, diferente das relações existentes com outros Estados no campo da proteção diplomática e das relações comerciais. Em virtude da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados devem ser considerados como tendo o interesse jurídico na sua proteção. Por fim, a Corte define no parágrafo 34 da decisão que as fontes das obrigações *erga omnes* são os instrumentos internacionais de caráter universal ou quase-universal de proteção dos direitos humanos²²⁸.

Na lição de André de Carvalho Ramos a proibição do uso da força para dirimir conflitos interestaduais possui inegável conteúdo de defesa de direitos do indivíduo - grande vítima da guerra entre Estados²²⁹. Para ele, a influência do conceito de obrigação *erga omnes* desenvolvido pela CIJ no projeto sobre responsabilidade internacional do Estado²³⁰ na Comissão de Direito Internacional foi relevante e teve por consequência a aprovação para futura ratificação dos Estados²³¹.

Esse projeto é entendido como espelho de costume internacional, pois de acordo com o art. 48.1, um terceiro Estado pode exigir o cumprimento de norma internacional caso seja uma obrigação para comunidade internacional como um todo. Outros tribunais também adotaram o conceito de obrigações *erga omnes*, como por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a ex- Iugoslávia, no caso Prosecutor v. Kupreskic, no sentido de que todos os Estados têm interesse de ver cumpridas as obrigações *erga omnes*²³².

Nesse sentido, importante descrever a passagem do segundo relatório da CDI sobre responsabilidade internacional do Estado elaborada por Roberto Ago:

“é necessário assinalar também a tendência crescente de certos autores a individualizar, no interior da categoria geral dos fatos internacionais ilícitos, certos tipos de fatos consideravelmente graves e consideravelmente prejudiciais, não para um só Estado, mas para todos, de modo que o Estado que os tiverem praticado será

²²⁸ Corte Internacional de Justiça, The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Sentença de 5 de Fevereiro de 1970, ICJ Reports, 1970.

²²⁹ Nesse sentido FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. *Os Crimes contra a humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra, 2009, p. 140.

²³⁰ O tema responsabilidade do Estado foi tratado pela CDI desde 1949. Em 1980, artigos reportavam sobre a origem da responsabilidade internacional; em 1996, trouxeram enfoques no conteúdo, forma e graus de responsabilidade e, em 1995, o projeto detalhava a implementação da responsabilidade internacional do Estado.

²³¹ RAMOS, André de Carvalho. ob. cit. p. 52. A versão final sobre o projeto da Comissão de Direito Internacional adotado pela Resolução da Assembleia Geral em 2001 substituiu a palavra crime internacional por violação grave de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional. FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. *Os Crimes contra a humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra, 2009, p. 136.

²³² Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia. Prosecutor v. Kupreskic, 14 de Janeiro de 2000.

automaticamente tido por responsável em relação à totalidade dos Estados²³³”.

Essas obrigações possuem dimensão horizontal - as obrigações devidas à comunidade internacional como um todo e a dimensão vertical - vinculam tanto o órgão quanto os agentes de Estado, como os particulares nas relações interindividuais. A consequência imediata da natureza *erga omnes* de uma obrigação é dotar Estados-terceiros de uma legitimidade ativa na busca da reparação da violação observada²³⁴.

Por fim, as obrigações *erga omnes* de proteção dos direitos humanos podem também ser fundamentadas nos artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas, que impõem um dever genérico dos Estados membros da Organização de garantir os direitos humanos²³⁵.

Passando a analisar o âmbito regional de proteção aos Direitos Humanos e as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos também, já é possível identificar um rol exemplificativo de direitos de caráter *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*. Tal conceito é delimitado e explicitado, principalmente pelo juiz Antônio Cançado Trindade, que defendeu a tese de necessidade de expansão do domínio de *jus cogens* para além do âmbito do direito dos tratados e do voluntarismo estatal.

O caso “Blake vs. Guatemala”, de 1998, foi o primeiro a mencionar o crime de desaparecimento forçado como crime continuado que viola o *jus cogens*, por envolver direitos humanos inderrogáveis. Incluem também outras graves violações de direitos humanos como a prática de tortura, execuções sumárias e outros crimes, consagrando a tese das “obrigações *erga omnes* de proteção, como manifestação da própria emergência de normas imperativas de direito internacional, representaria a superação do padrão erigido sobre a autonomia da vontade do Estado”²³⁶.

“Nuestro propósito debe residir precisamente em el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del Derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. Es por mérito del desarrollo em

²³³ *Annuaire de la Commission du Droit International* (1970) p. 196-197.

²³⁴ GAJA, G. *Obligations erga omnes, international crimes and jus cogens: a tentative analysis of three related concepts* in WEILER, J. , CASSESSE, A. and SPINEDI, M. *International Crimes of States – A critical Analysis of the ILC’s draft article 19 on State Responsibility*, Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 154. RAMOS, André de Carvalho. *A Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direito Humanos*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999, p. 201.

²³⁵ *Ibid*, p. 203.

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Serie C n. 36. Voto juiz Cançado Trindade, parágrafo 12.

este sentido que lograremos traspasar los obstáculos de los dogmas del pasado, así como las actuales inadecuaciones y ambigüedades del derecho de los tratados, de modo a aproximarnos de la plenitud de la protección internacional del ser humano.^{237,}

No caso “Almonacid Arellano y Otros versus Chile”²³⁸ Cançado Trindade fixou que as verdadeiras leis não podem ser arbitrárias nem considerar uma lei como sendo superior a outras – devem ser abstratas e incorporar princípios que as informem e conformem. As leis devem ser inspiradas pela ideia de Direito e pela busca do bem comum. Por descumprir todos esses quesitos, um ato que institui uma autoanistia não é verdadeiramente uma lei, ou seja, os Estados não podem emitir leis para conceder a anistia de crimes internacionais de *jus cogens*.

Isto tem fundamento histórico no precedente firmado no caso “Barrios Altos versus Perú” em que a Corte considerou inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição ou o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que impedem a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos²³⁹. Considerou, de forma vanguardista e paradigmática, que uma lei de autoanistia carece de efeitos jurídicos e viola as normas *jus cogens*. Bem como entendeu que o direito à vida e à integridade pessoal é inderrogável e que recai no âmbito do *jus cogens*.

Cançado Trindade, seguindo Gustav Radbruch e confrontando os efeitos maléficos do positivismo, defende a existência de princípios fundamentais do direito que são mais fortes que todo e qualquer preceito jurídico positivo. Assim, a lei que os violem fica desprovida de validade. As autoanistias negam o Direito, por negarem o acesso à justiça, à igualdade perante a lei e o direito ao juiz natural. No citado caso, Trindade reconhece o caráter de direito *jus cogens* ao “acesso à justiça” para a responsabilidade internacional de crimes no período da ditadura e, por via consequencial, dessas normas de anistia que violam o Estado de Direito.

O juiz expõe que os Estados não podem usar de artifícios para violar o *jus cogens* (como as “leis” de autoanistia), pois essas normas não dependem do consentimento estatal para obrigarem. E mais, o *jus cogens* ultrapassa o direito dos tratados, englobando o Direito Internacional em geral.

²³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Serie C n. 36. Voto juiz Cançado Trindade, parágrafo 40.

²³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Par. 41.

Outros casos reforçam a ideia de que o acesso à justiça para a responsabilidade de crimes internacionais constitui um direito *jus cogens*, como o “Masacre de Pueblo Bello versus Colombia”²⁴⁰ e “Goiburú y Otros versus Paraguay”²⁴¹.

Outra questão que é levantada por Antônio Cançado Trindade, nos casos “Goiburú y Otros versus Paraguay”²⁴² e “Almonacid Arellano y Otros versus Chile”²⁴³, é a relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional. Segundo o juiz, do reconhecimento das normas *jus cogens* manifesta-se uma consciência jurídica universal que reage prontamente contra crimes que afetam a humanidade como um todo.

O *jus cogens* acarreta a tipificação dos crimes contra a humanidade, o que é uma grande conquista contemporânea. Trata-se do reflexo de uma condenação universal de violações graves e sistemáticas de direitos fundamentais e inderrogáveis. Sendo assim, esses crimes não se restringem mais aos casos de conflitos armados. Ou seja, além da responsabilidade internacional do Estado de competência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o indivíduo executor da medida também deve ser responsabilizado. A mesma norma irá produzir efeitos distintos, mas de forma a assegurar a maior proteção dos Direitos Humanos.

No caso “Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, de 2004, apesar de não ter estipulado de maneira expressa a relação entre *jus cogens* e o crime de genocídio, a Corte entendeu que para os efeitos de reparação, essa seria uma responsabilidade agravada, em virtude da violação de norma peremptória de direito internacional, especialmente sobre temas reconhecidos universalmente pelo princípio da humanidade, como o crime genocídio e crimes contra a humanidade²⁴⁴.

Portanto, o âmbito de abrangência das normas *jus cogens* vem sendo ampliado progressivamente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, direta e indiretamente, vem prevendo diversos direitos como vinculantes, independentemente do consentimento estatal. Assim, Cançado Trindade defende que o direito emana da consciência comum

²⁴⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

²⁴¹ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

²⁴² Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

²⁴³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones e costas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Serie C nº 116. Parágrafo 39.

do que é juridicamente necessário e a consciência jurídica universal é o reconhecimento das normas de direito internacional como carácter de *jus cogens*²⁴⁵.

Nesse sentido, sobre a Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas. La Corte ha reiterado que ésta constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*²⁴⁶.

Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal²⁴⁷.

É bem verdade que, por um lado, como ressaltou Dominique Carreau, a noção de uma “ordem pública internacional”, formada por normas dispositivas e imperativas

²⁴⁵ TRINDADE, A. A. Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87-89.

²⁴⁶ *Desaparición Forzada*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 6, 2015, p. 15. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 83. En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*. En el mismo sentido: Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 86; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 61; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 105; Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 96; Caso González Medina y Familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 130; Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 114; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 192; Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 96.

²⁴⁷ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. P.75. *Desaparición Forzada*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 6, 2015, p. 18. La Corte recuerda que, al ser la prohibición de desaparición forzada una norma con carácter de *jus cogens*, la correlativa obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar a sus responsables, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados [...]. En el mismo sentido: Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 131.

(*jus cogens*), ainda é embrionária e imperfeita, dependendo do desenvolvimento de uma teoria das normas de Direito Internacional²⁴⁸.

Contudo, os avanços trazidos na promoção dos Direitos Humanos e na sua proteção por meio da responsabilização internacional dos Estados demonstram o anseio e a necessidade da Comunidade Internacional na confirmação do caráter impositivo de determinadas normas e direitos. O entendimento de que crimes internacionais são normas *jus cogens* reforça a estruturação da responsabilidade internacional penal do indivíduo, tendo em vista que o crime de desaparecimento forçado perpetrado pelos agentes de Estado é um dos elementos dos crimes contra humanidade, previsto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

As normas *jus cogens*, então, servem como uma pauta axiológica, oferecendo substrato ético para a atuação dos Estados e, ao mesmo tempo, servindo de instrumento de controle da ação estatal e de responsabilização internacional – quer em relação a outros Estados quer em relação aos indivíduos – âmbito criminal.

Também, diante da aceitação do princípio da indivisibilidade dos Direitos Humanos consagrado na Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, houve o alargamento do conceito de obrigação internacional *erga omnes* no campo dos direitos humanos. Dessa forma, deixa mais evidente o interesse jurídico da comunidade internacional na proteção de todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos²⁴⁹.

Theodor Meron reforça a ideia da indivisibilidade e ampliação dos direitos humanos no sentido de que quando um Estado descumpre uma obrigação *erga omnes* são lesados todos os Estados, inclusive aqueles que não forem especificamente afetados, visto que todos os Estados são vítima da violação do ordenamento jurídico internacional e são, portanto, competentes para processar o Estado violador ou cooperar para a responsabilização do indivíduo nos casos de crimes internacionais²⁵⁰.

No âmbito da responsabilidade estatal, os mecanismos unilateral e coletivo são consagrados para proteção de direitos humanos. O primeiro resulta das ações unilaterais de terceiros Estados agindo como verdadeiras “forças policiais” desvinculadas de um procedimento imparcial e neutro de apuração de violação de direitos humanos. O Estado-terceiro também pode acionar o mecanismo coletivo para proteger as obrigações

²⁴⁸ CARREAU, Dominique *apud* BRITO, 2008, p. 188.

²⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho, ob. Cit. 2012, p. 54.

²⁵⁰ MERON, Theodor. *Human Rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Oxford University Press, 1989, p.191, *apud* RAMOS, André de Carvalho, ob. Cit. P. 54.

erga omnes, dentre eles a Corte Internacional de Justiça seria responsável por julgar os Estados violadores de normas imperativas em sentido amplo²⁵¹.

Mais importante do que discorrer sobre normas *jus cogens e obrigações erga omnes* é ressaltar a relação existente entre a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade internacional do indivíduo.

Os Estados podem ser responsabilizados por violação de uma obrigação internacional essencial referente à proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional relacionados à paz e à segurança, à proibição da agressão, escravidão, genocídio, *apartheid*, e que protege a autodeterminação dos povos, o meio ambiente e os direitos humanos²⁵².

Na responsabilidade estatal os Estados podem ser réus perante os órgãos judiciais de apuração de violação de direitos humanos, em razão de sua conduta comissiva ou omissiva que proporcionou à violação de direitos humanos, ensejando reparação civil e as garantias de não repetição. Como os atos são praticados por indivíduos, há incentivo para a tipificação de crimes de grande repercussão e de punição dos infratores pelos Estados no âmbito nacional²⁵³.

Bruno Simma²⁵⁴ discorre sobre a estruturação da ordem internacional sintetizando um modelo semelhante às Constituições nacionais que irá compor interesses da comunidade – *community interest* – tendo por instituição principal a ONU e textos dogmáticos que esclarecem o Direito dos Tratados, a Responsabilidade dos Estados e normas cogentes que geram obrigações *erga omnes*. Conclui que os crimes internacionais possuem um regime mais severo de responsabilidade imputado aos Estados que violam as obrigações *erga omnes*. As obrigações *erga omnes* e os crimes internacionais possuem suas próprias origens, mas estão sempre atrelados ao *jus cogens*.

Diferentemente da responsabilidade estatal, a responsabilidade penal do indivíduo no âmbito internacional gerou duas espécies de normas. As normas de Direito Penal Internacional que regulam penalmente condutas nocivas de impacto transfronteiriço, apelando para a cooperação internacional em matéria penal, por

²⁵¹ RAMOS, André de Carvalho, ob. Cit. 2012, p. 55.

²⁵² *Report of the Commission to the General Assembly*, vol II, State Responsibility, New York: United Nations, 1977, p. 119.

²⁵³ Lauterpacht enfatiza a necessidade de distinção entre as simples violações de Direito Internacional e os “crimes internacionais”, sendo “crimes” as violações que atingem os princípios essenciais da legalidade internacional. Jessup entende que crimes internacionais são as violações que ameaçam a paz e a ordem internacionais.

²⁵⁴ SIMMA, Bruno. *From Bilateralism to Community Interest in International Law*. Académie de droit international, Recueil des Cours, v. 250, 1994, p. 308-310.

exemplo, o tráfico de pessoas, de drogas e a comercialização de escravos. E as de Direito Internacional Penal reguladas por normas internacionais consuetudinárias e convencionais que afetam valores essenciais para a comunidade internacional, mesmo sem nenhum impacto transfronteiriço, como o genocídio perpetrado dentro de um Estado²⁵⁵.

Nessa última espécie de normas, pode-se incluir os crimes internacionais em sentido estrito ou ainda o crime de *jus cogens* que tipificam crimes que afetam os valores essenciais e que interessam não a um Estado ou grupo de Estados, mas toda à coletividade, bem como trazem a previsão expressa de julgamento em tribunais internacionais, diante da ausência de vontade ou impossibilidade de julgamento pelo Estado no âmbito nacional. Como por exemplo, o crime de genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes de agressão previstos no Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

A importância da responsabilidade internacional do indivíduo é analisada pelas normas de Direito Internacional Penal na defesa do valor essencial da comunidade internacional que é a promoção dos Direitos Humanos. A responsabilidade por crimes de *jus cogens* previstos no Estatuto de Roma não dependem mais da seletividade e de desejos de persecução nacionais, ou seja, não depende mais exclusivamente dos Estados, dessa forma, o Procurador do Tribunal Penal Internacional poderá atuar de ofício diante de denúncias de crimes internacionais.

A distinção entre normas ordinárias e normas *jus cogens* e as normas que caracterizam crimes internacionais, é que as normas *jus cogens* e as que representam crimes internacionais protegem interesses fundamentais de comunidade internacional. Ou seja, os mesmos requisitos sobre normas de *jus cogens* são, portanto, em princípio, aplicáveis às obrigações cujo incumprimento constitui um crime internacional. Este último está intimamente ligado com obrigações *erga omnes*²⁵⁶.

As normas de direito internacional penal da Carta de Londres que criou o Tribunal de Nurembergue até as previstas no Estatuto de Roma que estabelecem crimes contra a humanidade e genocídio são normas *jus cogens*, pois apesar de não estar estabelecida de forma expressa que são normas cogentes, a jurisprudência das Cortes vem reconhecendo a ampliação do conteúdo *jus cogens*, principalmente quando

²⁵⁵ *Ibid*, p. 267.

²⁵⁶ HOOGH, A. J. J., ob. cit. p. 202.

protegem valores tutelados internacionalmente como a vida, a proibição de atrocidades e os que estabelecem os mais essenciais direitos da pessoa humana.

O *jus cogens* é um núcleo rígido de regras, princípios e valores superiores da sociedade internacional que confere à norma internacional caráter de imperatividade, criando obrigações *erga omnes*. Não sendo necessariamente uma nova fonte de direito internacional, mas sim uma qualidade de imperatividade de certas normas que refletirá na responsabilidade internacional dos Estados e na responsabilidade penal internacional do indivíduo²⁵⁷.

Os crimes contra humanidade, crimes de guerra e o crime de genocídio possuem caráter de normas *jus cogens*, pois afetam interesses da comunidade internacional no que tange ao direito à vida, à paz e à segurança internacionais. Criam, portanto, obrigações *erga omnes* para os Estados que devem processar e julgar os criminosos em conformidade com o direito interno ou extraditar para outro país ou entregar para o Tribunal Penal Internacional, sem aplicar as causas de exoneração de responsabilidade – imunidades - dos Chefes de Estado.

Ademais, as repressões dos atos de agressão e de genocídio, a responsabilidade internacional penal, bem como os documentos que contenham direitos essenciais da pessoa humana fazem parte de normas imperativas de direito internacional - normas *jus cogens* - geradoras de obrigações *erga omnes* a todos os Estados. Os tratados e o direito costumeiro geral ou particular não podem intervir no conteúdo essencial de normas *jus cogens*, relacionados a valores da comunidade internacional – paz, proteção da dignidade da pessoa humana²⁵⁸.

Os crimes internacionais individuais possuem aplicabilidade direta no foro doméstico dos Estados, independente de qualquer recepção. Ainda que não haja recepção, nada impede que os cidadãos sejam internacionalmente responsáveis se as violarem como ocorreu nos Tribunais de Nurembergue, Tóquio, para ex-Iugoslávia e para Ruanda. A aplicabilidade direta não deriva do fato de serem normas penais, mas por serem *jus cogens*, “o que implica que se reconheça que todas as normas *iuris*

²⁵⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p. 206-208.

²⁵⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. *Os Crimes contra a humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra, 2009, p. 144-145. FITZMAURICE, Gerald. *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*. RCADI, 1957, II, p.5 e ss.

cogentis têm igual aplicabilidade no foro doméstico de Estados independentemente de qualquer recepção por estes”²⁵⁹.

Nesse sentido, Eduardo Baptista “as normas *iuris cogentis* penais não só têm aplicabilidade directa e primado sobre quaisquer actos jurídicos internos, normativos ou individuais e concretos, como a sua violação não pode em qualquer caso ser justificada com base no dever de cumprir algum destes actos internos.”²⁶⁰.

O *jus cogens* foi elaborado como instrumento limitador da autonomia convencional dos Estados e o Direito Internacional encontra-se em evolução contínua, em especial pós Primeira Guerra Mundial. Trata-se de um instrumento que veio confirmar que o indivíduo é sujeito de Direito Internacional e determinou a aplicabilidade directa de suas normas no foro doméstico dos Estados, desaparecendo o escudo da soberania²⁶¹ dos Estados e a teoria dualista de Direito Internacional. O dualismo é incompatível com o atual Direito Internacional Público.

As normas de *jus cogens* e do direito interno devem ser interpretadas sempre para permitir a prevalência das normas, incluindo as internas e que sejam mais favoráveis aos indivíduos, podendo haver limitações culturais pontuais, mas que jamais poderão ser para autorizar a prática de crimes internacionais. A norma que permita a prática de crimes internacionais deve ser declarada nula pelos Tribunais,

²⁵⁹ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 511. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, p.492-494.

²⁶⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 515.

²⁶¹ Soberania é um pressuposto fundamental à ideia de Estado, podendo se apresentar de duas formas: como soberania externa ou interna. A soberania externa é o poder que o Estado tem de determinar-se livremente perante a comunidade Internacional, bem como de tomar as suas decisões, sem nenhuma interferência de outros Estados. Por muito tempo, essa soberania foi entendida como um poder absoluto, supremo e ilimitado dos Estados. Atualmente, tais características vêm sendo relativizadas por alguns doutrinadores, até mesmo para atender os fundamentos e princípios do Direito Internacional Público. Na Soberania externa, o Estado se encontra em pé de igualdade em relação aos demais Estados soberanos. Por sua vez, a soberania interna é o poder que o Estado tem para decidir sobre a sua organização institucional. Assim, o poder soberano do Estado pode ser compreendido pelo fato de que a sua vontade predomina sobre a vontade dos indivíduos que estão a ele submetidos, ou seja, os indivíduos que estão dentro do seu território. A soberania, portanto, é direito exclusivo de todo Estado sobre a definição do seu próprio regime e do seu ordenamento institucional, sobre o controle do seu próprio território, política, relações internas, economia, recursos naturais, jurisdição, competência territorial, pessoal. Contudo, a soberania de um Estado contém a do outro, limita-a, obriga-a no mínimo ao respeito por uma entidade que lhe escapa, pois deverá ter em conta as obrigações internacionais que derivam do direito e do acordo contratual, bilateral ou multilateral. Isto porque desde 1945 a soberania não mantém seu caráter absoluto diante de mais de trinta e cinco mil tratados assinados pelos Estados que devem respeitar seus compromissos internacionais. BADIE, Bertrand. *Um Mundo sem Soberania: Os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Instituto Piaget, Coimbra, Coimbra Editora, 1999. PIRES, Francisco Lucas. *Soberania e Autonomia*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume XLIX, Coimbra, 1973, pp. 135-200.

independentemente de requerimento, bem como devem proceder à responsabilização internacional do Estado e do indivíduo, decorrentes da sanção das normas *jus cogens*.

2.3 - A individualização da responsabilidade internacional

A análise do indivíduo como sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica internacional é objeto de controvérsia doutrinária, apesar da existência de documentos internacionais criados neste sentido para proteção da humanidade e em especial em razão das normas *jus cogens*.

O direito internacional nasce das relações entre os indivíduos de diferentes nações. Porém, por muitos anos o Estado além de ser o intermediário entre as pessoas, estava submetido à jurisdição internacional, às obrigações internacionais e à responsabilidade internacional no caso de ilícitos cometidos pelos indivíduos. O que levaria a entender inicialmente que somente os Estados são sujeitos de direitos e obrigações na ordem internacional.

Ocorre que o direito das gentes se aplica diretamente às pessoas que integram a sociedade internacional, por intermédio de preceitos normativos para lhes conceder direitos e obrigações. Georges Scelle²⁶² afirma que a sociedade internacional é uma sociedade de indivíduos, à qual o direito internacional se aplica diretamente.

A responsabilidade do indivíduo, comportando-se exclusivamente a título privado, configurava-se pelo julgamento de certos comportamentos como infrações internacionais que se ampliaram após a Segunda Guerra Mundial²⁶³. Contudo, a mais antiga origem consuetudinária da responsabilidade do indivíduo foi o tratamento dado à pirataria no alto mar, qualificado por meio da violência contra bens e pessoas com fins de lucro. As regras foram codificadas posteriormente em conjunto com o Direito do Mar pela convenção de Genebra sobre o Alto Mar, retomada pela Convenção de Montego Bay de 1982. Importante ressaltar que em matéria de interferência ilícita na aviação civil internacional as Convenções sobre Alto Mar e a de Montego Bay assimilaram a pirataria aérea à pirataria marítima, mas não constituíram como crime a captura ilícita de aeronaves que foi objeto da convenção de Haia de 1970 e de Montreal de 1971.

²⁶² P.REUTER, *Quelques remarques sur La situation juridique des particuliers em droit international public*. Mel Secelle, L.G.D.J, 1950, p. 535-552.

²⁶³ BASSIOUNI, M. Cherif. *Internactional Criminal Law*. Alphen, 1980, p. 250 e ss.

Outra afirmação histórica sobre responsabilidade do indivíduo se intensificou com o tráfico de escravos a partir da descoberta do Novo Mundo e foi considerada uma atividade ilícita, mesmo sendo instituição do Estado. Entre 1650 e 1800, havia retirado da África quase doze milhões de homens para a escravidão, porém, no congresso de Viena de 1815, em nome dos princípios universais de moralidade e humanidade, as potências proclamaram o desejo de finalizar essa modalidade de tráfico que assolava o país africano.

Em 1885, o ato de Berlim, confirmado pelo ato de Bruxelas de 1890 assentou que o tráfico de escravos era proibido. O tráfico era infração fundada na regra consuetudinária e no direito convencional, contudo, os elementos constitutivos da infração foram tecnicamente mais bem redigidos nas Convenções sobre o Direito do Mar de 1958 e de 1982.

O tráfico de estupefacientes também foi constituído infração internacional pelas Convenções de Haia de 1912 e de Genebra de 1936, substituídas pela Convenção única de estupefacientes de 1961 e completada pela convenção de Viena de 1971 e protocolo de 1972.

Ainda sobre a evolução histórica de crimes internacionais, em especial a responsabilização internacional sobre o terrorismo, em Washington pela Organização dos Estados Americanos foi adotada a Convenção para a prevenção e punição dos atos terroristas entendidos como crimes contra as pessoas ou atos de extorsão conexos que tenham uma expressão internacional. Entretanto, após o atentado ocorrido nos Jogos Olímpicos de Munique em 1972, o Conselho da Europa adotou a Convenção Europeia para Repressão do Terrorismo assinada em 1977 e aplicada na Comunidade Europeia pela Convenção de Dublin de 1979.

Os precedentes sobre a responsabilidade do indivíduo comportando-se a título privado não se exaurem nesses documentos, pois podemos citar a Convenção de Genebra de 1923 para repressão de circulação e tráfico de publicações obscenas, a Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados e a Convenção de Viena de 1979 sobre a proteção física de materiais nucleares que obriga os Estados a instituir como infração nacional as condutas previstas no documento, como por exemplo, o roubo de substâncias nucleares.

Quando o criminoso de guerra Adolf Eichmann foi sequestrado na Argentina por agentes do Estado de Israel e forçado a ir a julgamento perante um tribunal israelense, a opinião pública mundial ficou dividida. Muitos se alegraram porque um dos assassinos

em massa mais cruéis do século XX fora, finalmente, forçado a assumir a responsabilidade em público por seus crimes. No entanto, também foi reconhecido que a ação do governo israelense comprometendo a soberania de outro Estado fora, provavelmente, ilegal²⁶⁴.

O caso Eichmann é uma ilustração moderna de um dilema político e jurídico que tem frustrado o desenvolvimento maduro do direito penal internacional como uma disciplina distinta²⁶⁵. Ao longo dos séculos, o direito consuetudinário e o direito convencional que regem o comportamento dos Estados e das pessoas em tempos de conflitos armados fazem parte do direito internacional público. Mas um meio de execução presente em um sistema legal preestabelecido internacionalmente se encontrava ausente.

Chefes de Estado e do Governo, responsáveis políticos, quer governadores como príncipes por direito divino ou como representante democraticamente eleito pelo povo, salvo algumas exceções, não eram responsabilizados por sua conduta criminosa, em virtude do cobertor da soberania do Estado, com a certeza de que inexistia mecanismo internacional para repressão e punição.

Até o século XX, a comunidade internacional concedia pouca atenção para a falta de um fórum internacional para processar os perpetradores de crimes contra a ordem internacional, sejam eles líderes nacionais, comandantes de campo, ou soldados a mando do anterior²⁶⁶.

Pós a Primeira Guerra Mundial, a comunidade internacional fez algumas tentativas preliminares para lidar com esse problema, mas nenhum esforço foi perseguido vigorosamente e nenhuma responsabilização foi bem sucedida. Após a Segunda Guerra Mundial, no entanto, os vitoriosos aliados deram um passo decisivo para levar os principais criminosos de guerra a julgamento em Nuremberg e Tóquio. A jurisdição destes tribunais foi estendida para altos funcionários dos governos alemão e japonês e foi além dos crimes de guerra tradicionais, pois incluiu os crimes contra a paz

²⁶⁴ BURNS, Peter. *An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993, p. 125.

²⁶⁵ Sobre a evolução histórica das Convenções sobre crimes internacionais torna-se imprescindível a leitura de BASSIOUNI, M. Cherif. *An appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993, p. 405-433.

²⁶⁶ AMBOS, Kai. *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis – From Nuremberg to the Hague*. In *Substantive and Procedural aspects of International Criminal Law: The experience of international and National Courts*. Editors Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman. Published by Kluwer law International, Netherlands, 2000, p. 7-12.

e crimes contra a humanidade²⁶⁷. Embora os ensaios Nuremberg e Tóquio, em sua maior parte, tenham sido aceitos com padrões de justiça processual, foram claramente contaminados pela maneira como surgiram: criados pelos vencedores.

Na evolução do Direito Convencional, em 11 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução de nº 95 com votação unânime denominada de "Afirmção dos princípios do Direito Internacional Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg". Após ter tomado nota do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, e os documentos paralelos relacionados com o Tribunal Tóquio, a Assembleia Geral tomou dois passos importantes²⁶⁸.

O primeiro foi de uma importância jurídica considerável: a Assembleia Geral afirmou os princípios do direito internacional reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg, ou seja, isso significava que a visão da Assembleia Geral do Tribunal levou em conta já os princípios existentes de direito internacional. O segundo foi um compromisso de ter esses princípios codificados pela Comissão de Direito Internacional, órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU²⁶⁹.

A ONU confirmou que houve uma série de princípios gerais, pertencente ao direito costumeiro, reconhecidos pela Carta de Nuremberg e pelo seu respectivo julgamento. Passo importante para incorporar esses princípios em um instrumento de codificação, seja por meio de "codificação geral dos crimes contra a paz e segurança da humanidade", ou mesmo por meios de um "código penal internacional". Pela mesma razão, a resolução reconheceu que as disposições contidas no Acordo de Londres possuíam natureza de costume internacional.

Em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU adotou um relatório sobre os Princípios do Direito Internacional Reconhecido na Carta do Tribunal de Nuremberg e no Acórdão do Tribunal. O relatório não discute se estes princípios são parte do direito internacional positivo ou não, ou pertenciam à lei internacional. Portanto, a Comissão limitou-se a elaboração apenas do conteúdo desses princípios²⁷⁰.

²⁶⁷ ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*. The New Press, New York, 1999.

²⁶⁸ SCHWARZENBERGER, Georg. *The problem of an International Criminal Law*. DUGART, John; WYNGAERT, Christine Van Den. *International Criminal Law and procedure*. Dartmouth Publishing Company, USA, 1996, p. 31.

²⁶⁹ BROWNLEE, I. *Principles of Public International Law*, Oxford, 1991, p. 562. *Apud* GREPPI, Edoardo, ob. Cit. p. 539.

²⁷⁰ AMBOS, Kai. *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis – From Nuremberg to the Hague*. In *Substantive and Procedural aspects of International Criminal Law: The experience of international and National Courts*. Editors Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman. Published by Kluwer law International, Netherlands, 2000, p. 31.

O primeiro princípio estabelece que qualquer pessoa que pratica ato que constitui um crime sob a lei internacional é responsável e passível de punição. Ela constitui o reconhecimento oficial do fato de que um indivíduo pode ser considerado responsável por ter cometido um crime, mesmo que o ato não seja considerado crime na legislação interna. Também, aquela pessoa que age na qualidade de Chefe de Estado ou como um funcionário do governo e aquele que age sob as ordens do governo ou de um superior não são, assim, dispensados de responsabilidade. Esses dois foram previstos nos artigos 7º e 8º da Carta de Nuremberg²⁷¹.

Previu também que o indivíduo não está dispensado da responsabilidade se a escolha moral de praticar o fato era possível para ele, o que deixa um grande poder discricionário aos tribunais que são chamados a decidir se responsabiliza ou não o indivíduo que possui uma escolha moral de se recusar a cumprir uma ordem dada por um superior hierárquico.

A Comissão Internacional codifica as três categorias de crime estabelecidas pelo artigo 6º da Carta de Nuremberg, fato que representou, na verdade, o núcleo de um possível código penal internacional.

A afirmação dos princípios de Nuremberg pela resolução 1946 da Assembleia Geral e sua formulação pela Comissão de Direito Internacional foram passos importantes para o estabelecimento de um código de crimes internacionais que impliquem responsabilidade individual.

No dia 9 de dezembro de 1948, na véspera da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, um importante desenvolvimento do conceito de crimes contra a humanidade levou à adoção da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. A convenção, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, classifica o genocídio, quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, como um crime sob a lei internacional. O artigo 2º define genocídio como "atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo, étnico, racial ou religioso nacional", como matar membros do grupo, causando grave dano corporal ou mental para eles, deliberadamente infligir grupo a condições que acarretarão a sua destruição física, total ou em parte, a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo, transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

²⁷¹ GREPPI, Edoardo, ob. cit. p. 539-540.

O artigo 3º da Convenção estabelece que tais atos sejam considerados puníveis como são vários graus de envolvimento neles: conspiração para cometer os atos de incitação, tentativas ou cumplicidade direta e pública. Mas é o artigo 4º que estabelece a obrigação de punir não só os governantes ou funcionários públicos, mas também os particulares. O artigo 6º estabelece que a competência para julgar os infratores seja de ambos os tribunais: nacionais e internacionais.

Essa Convenção introduz outro crime sob a lei internacional, diretamente ligada à categoria jurídica já estabelecida pelo artigo 6º da Carta de Nuremberg, os crimes contra a humanidade. E, novamente, o direito internacional vai muito além dos limites tradicionais da responsabilidade do Estado, sublinhando que os indivíduos estão na linha de frente no que diz respeito às obrigações decorrentes de determinado ramo do direito internacional. E, de acordo com os documentos anteriores, as Convenções de Genocídio oferecem ampla definição do crime de genocídio e em vários níveis de participação. A natureza de costumes desses princípios que formam a base da Convenção tem sido reconhecida por Tribunal Internacional de Justiça²⁷²

Pouco tempo depois, as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, na esteira das experiências dramáticas da Segunda Guerra, reformularam todo o sistema baseado na proteção das vítimas de guerra. Um capítulo inteiro de cada uma das Convenções de Genebra trata de atos contra pessoas protegidas. Eles são chamados de "graves violações" - e não crimes de guerra - mas são, sem dúvida, crimes de direito internacional. Esses atos são definidos em detalhes no artigo 50 da Primeira Convenção, no artigo 51 da Segunda Convenção, no artigo 130 da Terceira Convenção e no artigo 147 da Quarta Convenção, e incluem crimes como homicídio intencional, tortura ou tratamento desumano (incluindo as experiências biológicas), causar intencionalmente grande sofrimento ou lesão grave à integridade física ou saúde, grande destruição ou apropriação de bens, obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas de uma potência inimiga ou intencionalmente privando-o do direito a um julgamento justo e regular, deportação ilegal, a transferência ou confinamento de uma pessoa protegida, e a tomada de reféns não justificada por necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária.

²⁷² *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 18 May 1951*. I.C.J. Reports, 1951, p.23. *A Collection of International and European instruments*. Edit by Christine Van den Wyngaert, Assistant Editor Guy Stessens, Kluwer Law International, Netherlands, 1996.

Quanto ao âmbito de aplicação *ratione personae* está em causa estabelecer a responsabilidade dos autores diretos dessas violações graves e de seus superiores e compreendem também tanto civis e combatentes, sendo estes, membros das forças oficiais ou não oficiais.

As Convenções de Haia, de 14 de maio de 1954, para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado contribuiu para a evolução da responsabilidade internacional penal, pois compromete as partes contratantes a proteger o que é chamado de herança cultural de toda a humanidade. Os Estados devem tomar no âmbito da sua jurisdição penal comum todas as medidas necessárias para processar e impor sanções penais ou disciplinares sobre as pessoas que cometerem ou derem ordens para ser cometida uma violação da Convenção²⁷³.

Os dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 acrescentaram regras mais precisas para o que se tornou um extenso sistema legal. Em particular, o artigo 11 reforça a proteção das pessoas quanto a sua saúde física e mental, estabelecendo que “graves violações” constituem uma grave violação do direito internacional humanitário. Além disso, o artigo 85 acrescenta um grande número de violações à lista já existente. Mais uma vez, com o artigo 1º do Protocolo, as partes comprometem-se a respeitar e fazer respeitar o Protocolo em qualquer circunstância.

Quer se destacar que desde o pós-segunda guerra, a Comissão de Direito Internacional foi responsável por um progresso significativo para o estabelecimento de um tribunal penal internacional permanente. À medida que a guerra fria começou a mostrar sinais de chegar ao fim, a possibilidade de um tribunal penal internacional ganhou vida nova.

Em uma série de resoluções que começam em 1981, a Assembleia Geral solicitou à Comissão retomar os trabalhos sobre o projeto de Código de Crimes e mais tarde, no contexto desse esforço, estudar a questão da criação de um tribunal penal internacional ou outro tipo de mecanismo de ensaio internacional.

Em 1982, a Comissão nomeou Doudou Thiam como relator especial para o Projeto de Código de Crimes Internacionais. Nos anos seguintes, ele produziu uma dúzia de relatórios que estabeleceram projetos de artigos para tal código, bem como projetos para um estatuto para um tribunal penal internacional.

²⁷³ TOMAN, J. *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. In GREPPI, Edoardo, ob. Cit. P. 542.

Em maio de 1992, a Comissão designou um Grupo de Trabalho sobre a Questão de uma Jurisdição Penal Internacional que propôs a criação de um tribunal baseado em tratados com jurisdição pessoal sobre indivíduos, e não sobre Estados, e com jurisdição sobre crimes internacionais, definidos pelo direito internacional convencional, incluindo o Projeto de Código de Crimes.

Posteriormente, a Comissão continuou, mais uma vez, a pedido de Assembleia Geral, a preparar um projeto de estatuto mais formal para um Tribunal Penal Internacional. Na realização desta tarefa, o grupo de trabalho tinha diante de si, entre outros documentos, o relatório do Secretário Geral, nos termos do n° 2 da Resolução do Conselho de Segurança n° 808 (1993), demonstrando a estreita interrelação entre a criação do Tribunal Internacional *ad hoc* e da evolução do direito penal internacional em direção a um tribunal permanente²⁷⁴.

Portanto, essa etapa foi de suma importância no longo processo de desenvolvimento de normas sobre a responsabilidade criminal individual, com a criação dos dois tribunais *ad hoc* para o julgamento dos crimes cometidos, respectivamente, na ex-Iugoslávia – Resolução 827/1993 - e no Ruanda. Esses tribunais representam um importante progresso para a instituição de uma espécie de jurisdição permanente. Mas eles também têm proporcionado esclarecimentos sobre a substância do que está se tornando uma espécie de código penal internacional, conforme previsto pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução de n° 95²⁷⁵.

As várias resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre a criação de tribunais para o julgamento de indivíduos responsáveis por atos cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda possui disposições relativas aos atos puníveis pelo direito internacional²⁷⁶. Em particular, os artigos 2º, 3º, 4º e 5º do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia que enumera os diferentes crimes abrangidos pela jurisdição do tribunal, a exemplo das grandes violações das Convenções de Genebra de 1949 e também possui o poder de julgar as pessoas que cometem ou ordenam o cometimento de tais violações graves. O artigo 3º amplia o âmbito de responsabilização

²⁷⁴ BURNS, Peter. *An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993, p. 137-139.

²⁷⁵ SCHINDLER, L.; TOMAN, J. *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents*. Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, Dordrecht. Geneva, 1988, p. 921.

²⁷⁶ *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, adopted 25 May 1993 by SC Resolution 827/1993.*

de violações das leis e costumes de guerra. Por fim, o artigo 4º reproduz os artigos 2º e 3º das Convenções de Genocídio 1948²⁷⁷.

O artigo 5º autoriza o Tribunal a julgar as pessoas responsáveis por crimes cometidos contra civis em conflitos internacional ou interno de carácter armado.²⁷⁸ O artigo 7º dá um alcance amplo para a responsabilidade penal individual, que abrange todas as pessoas que tenham planejado, instigado, ordenado, cometido ou não crimes internacionais, ou, que ajudaram e encorajaram no planeamento, preparação ou execução do mesmo. Relevante é que a responsabilidade de uma pessoa com uma posição oficial (Chefe de Estado ou de governo, funcionário do governo) e os efeitos de ordens superiores é tratada no artigo 7º ao longo das mesmas linhas como na Carta de Nuremberg e o relatório da Comissão de Direito Internacional de 1950 (Princípios III e IV)²⁷⁹.

Embora hoje as forças de manutenção de paz da ONU sejam implantadas em muitos pontos de conflito em todo o mundo, os eventos que moviam as Nações Unidas

²⁷⁷ Artigo 2.º Violações graves às Convenções de Genebra de 1949: O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas que cometerem ou derem ordens para cometer violações graves às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, nomeadamente os seguintes actos, dirigidos contra as pessoas ou os bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: a) O homicídio voluntário; b) A tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas (...).Artigo 3.º.Violações das leis ou dos costumes da guerra: O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as leis ou os costumes da guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a: a) Emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objectivo de causar sofrimentos inúteis; b) Destruição sem motivo de cidades, vilas e povoações ou devastação não justificadas pelas exigências militares; (...). Artigo 4.º Genocídio 1 - O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que tenham cometido genocídio, tal como definido no n.º 2 do presente artigo, ou qualquer dos actos mencionados no n.º 3 do presente artigo. 2 - Considera-se genocídio qualquer dos actos a seguir referidos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (...).

²⁷⁸ Artigo 5.º Crimes contra a humanidade: O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja: a) Assassínio; b) Extermínio; c) Redução à condição de escravo; d) Expulsão; e) Prisão; f) Tortura; g) Violação;

²⁷⁹Artigo 7º Responsabilidade penal individual: 1 - Quem tiver planejado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planear, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2.º a 5.º do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime. 2 - A qualidade oficial de um acusado, quer se trate de um chefe de Estado ou de governo, ou de um alto funcionário, não o isentará de responsabilidade penal e não constituirá motivo de redução da pena. 3 - O facto de um dos actos referidos nos artigos 2.º a 5.º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior da sua responsabilidade penal se sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal acto ou já o tinha cometido e não tiver tomado as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido acto fosse cometido ou para punir os seus autores. 4 - O facto de um acusado ter agido na execução de uma ordem de um governo ou de um superior hierárquico não o isentará da sua responsabilidade penal, mas poderá ser considerado motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional entender assim ser de justiça.

na ex-Iugoslávia parecem ter agitado a opinião pública mundial mais profundamente - pelo menos até a guerra civil que eclodiu em Ruanda.

A sociedade do pós-guerra não tinha visto o estupro utilizado como arma de terror psicológico nem o genocídio - que aparece como "limpeza étnica" - como uma estratégia evidente de dominação. Os meios de comunicação, e particularmente a televisão, trouxeram esses horrores à comunidade. O apelo do público para responsabilização individual de Chefes de Estados e de agentes do Estado por raptos, torturas e homicídios, e especialmente por formulação das políticas de apoio, ou autorização expressas da prática desses crimes, levou a uma ação sem precedentes do Conselho de Segurança²⁸⁰.

Analisando a historicidade da responsabilidade individual, mesmo antes da concepção moderna de direito internacional, constata-se a existência remota de um costume internacional no combate à pirataria marítima. Com o passar dos anos, novos crimes foram aceitos pelo costume internacional quanto por normas convencionais específicas, a exemplo do tráfico de escravos, tráfico de mulheres e outros até a formação dos Tribunais Penais de Versalhes, passando por Nuremberg até os Tribunais *ad hoc*²⁸¹.

O direito internacional humanitário consuetudinário consagra a responsabilidade penal de todas as pessoas que cometem ou mandam cometer crime de guerra, ou que são, de alguma forma, responsáveis, como os comandantes ou superiores, da comissão de crimes de guerra. A implementação normativa referente aos crimes de guerra, ou seja, a investigação dos crimes de guerra e o julgamento dos presumíveis responsáveis são obrigações que incumbem os Estados. Os Estados podem cumprir essa obrigação instaurando um tribunal internacional ou tribunais mistos para tal fim²⁸².

Dito de outro modo, desde há muito tempo que o direito penal comporta um ramo que atinge diretamente os indivíduos culpados de atos ilícitos graves cuja nocividade internacional se manifesta. Por isso, o indivíduo é sujeito imediato de um direito penal sancionador que modificou a estrutura interestadual do direito

²⁸⁰ BURNS, Peter. *An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993, p. 130.

²⁸¹ As regras aplicáveis à pirataria marítima foram codificadas pela Convenção de Genebra sobre o alto-mar e sobre a Convenção do Mar de Montego Bay de 1982. Cite-se a Convenção Internacional de 1926 de proibição de tráfico de escravos e a realizada pela ONU em 1956.

²⁸² HENCKAERTS, Jean-Marie, ob. cit. p. 15.

internacional que hoje inclui tanto a responsabilidade civil entre Estados, quanto os deveres que comprometem responsabilidade individual.

A necessidade social de repressão e punição dos crimes de grande relevância internacional como genocídio e como os crimes de guerra traduz a importância na transposição do elemento objetivo (espontâneo, baseado no fato social) para o plano normativo das leis da sociedade. As leis da sociedade formam a solidariedade para a comunhão de valores relacionados com a proteção dos Direitos Humanos e da integridade física e psicológica dos seres humanos. Daí a necessidade de responsabilização penal de aplicabilidade universal, em razão do caráter *jus cogens* dos crimes internacionais e do reflexo das obrigações *erga omnes*.

CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

3.1 - Responsabilidade Internacional Penal do Indivíduo

Atualmente, em consequência de um processo de humanização que o direito internacional tem experimentado, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, se reconhece certa subjetividade do indivíduo no plano internacional. Os tratados internacionais passam a conferir direitos e obrigações aos indivíduos e a legitimá-los para o exercício desses direitos²⁸³.

Verifica-se que o direito penal internacionalizou-se no plano normativo, pois previu condutas criminosas que deveriam ser reprimidas em âmbito nacional. Contudo, no que tange ao plano institucional, os órgãos estatais nacionais ainda conservam o monopólio de repressão das infrações penais.

É nesse sentido que a construção de um sistema de responsabilidade penal internacional do indivíduo suscita dificuldades preliminares no plano conceitual. Primeiro no que tange a correta definição do que seja direito internacional penal²⁸⁴ e o

²⁸³ DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín. *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*. Ariel Derecho: Barcelona, 2001, p. 7.

²⁸⁴ Sobre a expressão Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional constata-se que a doutrina emprega a mesma expressão no que se refere ao Direito Internacional Público. Tem-se entendido que direito penal internacional é ramo do direito interno, relativo às relações com os ordenamentos jurídicos estrangeiros e com a jurisdição estrangeira, competente para determinar a competência dos órgãos internos para a repressão dos delitos no âmbito internacional. No caso do direito internacional penal, trata-se de um ramo do direito internacional, concernente à tipificação de delitos por tratados, ao estabelecimento de cortes penais internacionais e à consequente responsabilidade penal do indivíduo frente ao Direito Internacional Público. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição revisada e atualizada, Coleção Direito e Ciências afins volume 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21. Também, PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Janeiro- Março, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 8-11. Pedro Caeiro cita Hans-Heinrich Jescheck que define Direito Penal Internacional como o “ramo do direito interno destinado a disciplinar a aplicação da lei penal estadual (substantiva) a factos “internacionais” (sc., que comportam um ou vários “elementos de extraneidade”)”. Define Direito Internacional Penal como um conjunto de princípios e normas de direito internacional sobre matéria penal, inclui obrigações impostas pelo direito costumeiro, direito convencional relativo à repressão de certos crimes e à cooperação judiciária internacional, e os conjuntos normativos-institucionais referentes aos tribunais penais internacionais. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, p. 36. Também Jorge Bacelar Gouveia define Direito Internacional Penal como o sistema de princípios e de normas de Direito Internacional Público que descreve os crimes internacionais e fixa as respectivas penas, criando mecanismos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, de aplicação dessas sanções criminais. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina, 2008, p. 65 e ss.

exame dos problemas derivados de necessidade de transpor conceitos e categorias próprias do direito penal para o plano internacional²⁸⁵ e do plano internacional para o nacional.

A segunda dificuldade está presente na necessidade de distinção entre a responsabilidade penal internacional do indivíduo da responsabilidade internacional do Estado, sem prejuízo das conexões que podem ser feitas entre ambas. Bem como, a necessidade de prevenção e repressão de crimes de extraordinária gravidade, fato que leva o direito internacional penal a optar pelo sistema de aplicação indireta²⁸⁶ que deixa a cada Estado a materialização dessa responsabilidade²⁸⁷.

Dessa forma, os Estados deverão empenhar-se para produzir normas principais e subsidiárias para tornar a repressão nacional efetiva, por exemplo, normas que estipulem regras de competência para crimes praticados em diferentes Estados ou por pessoas de diferentes nacionalidades. Se o Estado competente omite ou negligencia leis necessárias de competência, poderá suprimir as normas internacionais consuetudinárias ou convencionais, desde que estejam redigidas em termos gerais.

Se o Estado não possuir regras efetivas para repressão e punição de infração em seu território, convenções e tratados bilaterais podem impor às partes a extradição do autor da infração, caso o Estado não o puna. É o caso das Convenções do Conselho da Europa de 1976 contra o terrorismo, a Convenção de 1979 contra a tomada de reféns e a de proteção física de materiais nucleares.

Essa capacidade dos Estados de repressão das infrações ou na obrigação de extraditar ou punir demonstra o caráter puramente nacional do *jus puniendi*, ou seja, são

²⁸⁵ Importante categoria penal traçada no âmbito internacional pela doutrina portuguesa foi a delimitação dos crimes contra a humanidade. Remete-se a leitura ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Editora Almedina, 2009.

²⁸⁶ O Direito Penal internacional inicialmente e preferencialmente tem aplicado o sistema de aplicação indireta no qual são aplicadas normas internacionais penais que repousa nos direitos internos dos Estados que se obrigam em incluir crimes internacionais nas suas respectivas legislações penais, procedendo judicialmente contra os infratores ou alternativamente, extraditando as pessoas acusadas ou condenadas aos Estados interessados, em obediência ao princípio *aut dedere aut judicare*. DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín. *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 9. ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Editora Almedina, 2009, p.24-25.

²⁸⁷ DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín, ob. cit. p. 7-14.

os tribunais nacionais e não uma jurisdição internacional que analisa a infração e impõem a sanção²⁸⁸.

A terceira dificuldade perpetrada pelo direito internacional penal consiste na responsabilidade penal do indivíduo atuando como agente público, ou seja, quando atua por conta do Estado. Isso porque o Estado por vezes não se interpõe entre a ordem jurídica internacional e este agente o utiliza como instrumento para realização de seus fins, mesmo que seja necessário o cometimento de crimes de grande repercussão internacional.

A quarta dificuldade é na tipificação, prevenção e repressão ao crime de terrorismo.

As Convenções de Haia de 1899 e de 1907 estabeleceram que normas sobre condução de guerra e suas violações por membros de forças armadas beligerantes poderiam ser qualificadas de crimes internacionais para punição de agentes públicos. Ocorre que a quarta Convenção de Haia estipulou que tais violações não constituiriam mais que responsabilidade civil do Estado do qual dependem os seus autores, afastando toda a idéia de responsabilidade internacional individual penal²⁸⁹.

Do mesmo modo, os atos de agressão cometidos em violação do Pacto da Sociedade das Nações de 1928 seriam imputados aos Estados e não individualmente aos seus dirigentes que os organizaram e ordenaram. Ou seja, estariam isentos de condenação na comunidade internacional e não incorreriam em qualquer sanção penal internacional.

Diante da lenta equação entre direito internacional e soberania estatal, impulsionada pela evolução do pensamento jurídico e político e pela sucessão de acontecimentos dramáticos no plano internacional, acabou por conduzir a aceitação à existência de jurisdições internacionais que inicialmente obtinham caráter eventual e de natureza arbitral.

Como acima mencionado, a Convenção de Haia de 1899 além de ter estabelecido normas sobre condução de guerra, previu o Tribunal Permanente de Arbitragem. Inicialmente criado como meio para solucionar conflitos, atribuiu competências, definiu mecanismos processuais e mecanismos de cumprimento de

²⁸⁸ Sistema de aplicação indireta.

²⁸⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, ob. cit. p. 586.

sentença. Esse tribunal permitiu o reconhecimento da arbitragem no plano internacional e como grau máximo de intervenção na solução de conflitos²⁹⁰.

Em 1919, foi criado o Tribunal Permanente de Justiça Internacional ou Corte Permanente de Justiça Internacional, sendo um órgão autônomo da Sociedade das Nações, prevista no art. 14 do Pacto do organismo genebrino, em que o Conselho foi encarregado de preparar um projeto de Tribunal permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. Por sua vez, o Tribunal tomaria conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as partes lhes submetessem e faria pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submetesse o Conselho ou a Assembleia.

Dessa forma, tem-se a criação da primeira jurisdição internacional interestadual de índole permanente. Porém, fica evidenciado o caráter voluntário da jurisdição, visto que somente por ato unilateral e discricionário de aceitação expressa, conhecido como cláusula facultativa de jurisdição obrigatória ou cláusula compromissória *ipso facto*, sujeitava aos Estados a competência do Tribunal Permanente de Justiça Internacional.

A Corte Permanente de Justiça Internacional, embora instalada oficialmente em 15 de fevereiro de 1922, somente iniciou seus trabalhos em 15 de junho do mesmo ano, dando fim a suas atividades no ano de 1940. O Tribunal foi sucedido em 1946 pela Corte Internacional de Justiça criada no contexto da Organização das Nações Unidas. Os trabalhos iniciados resultaram em significativa evolução no âmbito da sujeição dos Estados à jurisdição internacional desse tribunal, mas não para responsabilização internacional penal do indivíduo.

No que se refere à responsabilização penal internacional, esta nasce da origem remota de crimes de guerra e de crimes contra humanidade.

Em 1386, com a publicação da Ordenação do Governo do Rei Ricardo II da Inglaterra, estabeleceram-se limites à condução das hostilidades de guerra e proibição de atos de violência contra as mulheres e sacerdotes desarmados, a proibição de queima de casas e de profanação de igrejas. De mesma natureza eram as provisões incluídas nos códigos sancionados por Ferdinando da Hungria (1526), pelo Imperador Maximiliano II (1570, especialmente nos artigos 8 e 9) e pelo Rei Gustavus Adolphus II da Suécia

²⁹⁰ CORREIA, José de Matos. *Tribunais Penais Internacionais: coletânea de textos*. Universidade Lusíada Editora, 2004, p. 9 – 11.

(1621), este, especialmente em seu “Artigos de Guerra”, dizia que homem nenhum deveria “tiranizar padres, idosos, homens ou mulheres, amas ou crianças”.²⁹¹.

Os primeiros relatos de uma organização penal internacional, segundo alguns doutrinadores, datam do século XV, mais especificamente 1474, em que foi estabelecido um tribunal pelo Sacro Império Romano que aplicaria “leis divinas e humanas.” Este veio para julgar Peter Von Hagenbach por aceitar o estupro, a morte de inúmeros civis e saques a propriedades por parte de seus soldados²⁹².

Charles, Duque de Burgundy, conhecido pelos seus inimigos como Charles, O Terrível, colocou Hagenbach como “chefe” da cidade fortificada de Breisach, no alto do rio Reno, após uma invasão o “chefe” seguiu as ordens de seu mestre e deu início a um regime de arbitrariedades, brutalidade e terror, a fim de dominar a população de Breisach. Assassinato, estupro, taxações ilegais e o confisco de propriedades privadas tornaram-se práticas generalizadas. Não bastando, Hagenbach também cometeu atrocidades em territórios vizinhos, como na Suíça, contra mercadores em seu caminho para Frankfurt.

No entanto, houve uma coalisão entre países (Áustria, França, Berna e as cidades e os cavaleiros do alto Reno) que colocaram um fim aos objetivos do Duque. Com a força dessa união, dos mercenários e dos cidadãos subjugados, Hagenbach foi derrotado, e capturado sob a autoridade do Arqueduke da Áustria, que ordenou que fosse processado pelas suas atrocidades.

Em vez de remeter o caso a uma corte ordinária, estabeleceu-se um tribunal *ad hoc*, que consistia em 28 juízes dos países e cidades da coalisão. Importante ressaltar que um tribunal *ad hoc* (que expressa, em latim, a ideia de pontual, de criação para fim específico) é basicamente um tribunal cuja competência é delegada após o ocorrido, e que deverá julgar tão somente determinado fato.

No julgamento, Hagenbach foi acusado de assassinato, estupro, perjúrio e outros atos, incluindo ordens aos seus mercenários para que matassem os homens nas casas em que eram os chefes, para que as mulheres e crianças ficassem completamente a mercê deles. A defesa argumentou que o acusado estava somente cumprindo ordens de um superior, e considerou que “Sir Hagenbach não reconhece outro juiz e mestre que não o

²⁹¹ GREPPI, Edoardo. *The evolution of individual criminal responsibility under international law*. International Review of the Red Cross, Humanitarian Debate: Law, Policy, Action. Volume 81, nº 835, September 1999, p. 532 – 533.

²⁹² BASSIOUNI, M. Cherif. *The Times has come for a International Criminal Court*. Indiana International e Comaparative Law Rewiew, nº 1, volume 1, 1991.

Duque de Burgundy”. Alegou-se também que tudo que fora feito, na verdade era em nome do Duque, no entanto, os crimes do acusado já eram incontroversos para o tribunal. Hagenbach foi, por fim, executado. Ainda que, doutrinariamente, seja difícil alegar que esse seja um crime de guerra (afinal, muitas das atrocidades começaram antes da guerra em si), esses atos podem ser considerados, com uma larga certeza, como crimes contra a humanidade²⁹³.

Dentre as primeiras iniciativas de índole privada para criação de uma jurisdição internacional penal foi de Gustave Moynier, antigo presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Apresentou em 1872 o documento denominado “Um projeto de convênio relativo à instituição de um órgão jurisdicional internacional para prevenção e repressão das violações à Convenção de Genebra” cujo objetivo era a criação pelos Estados de um mecanismo de repressão efetiva de graves infrações²⁹⁴.

Antes da proposta de Moynier quase todas as violações de direito de guerra eram julgadas por tribunais *ad hoc*, compostos por um dos beligerantes. O próprio doutrinador, de início, era contrário à adoção de uma corte penal permanente em nível internacional, pois acreditava que a pressão da opinião pública e que a legislação penal de cada Estado seriam o suficiente para a repressão de crimes de grande repercussão. Contudo, reconsiderou essa posição quando das violações da guerra franco-alemã, apresentando em 1872 a proposta de uma legislação penal internacional e corte penal permanente²⁹⁵.

O projeto era composto de dez artigos e dispunha que o presidente da Corte designaria três Estados neutros para elegerem árbitros para a solução de um conflito e que outros dois seriam designados por cada beligerante ou grupo de aliados. O procedimento obrigatoriamente contraditório seria realizado pelos árbitros e o Estado pleiteante faria papel do Ministério Público. Importante ressaltar que somente os Estados que demonstrassem interesse na causa poderiam ser partes e que o resultado do julgamento seria objeto de um tratado²⁹⁶.

²⁹³ GREPPI, Edoardo, ob. Cit. p. 531-535.

²⁹⁴ MOYNIER, Gustave. *Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale proper à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*. Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés, n° 11, avril 1872, pp. 122-1331. PFANNER, Toni. *Création d'une cour criminelle internationale permanente, Conférence diplomatique de Rome: résultats escomptés par le CICR in Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 80° année, p. 21 e ss. HALL, Christopher Keith. *La primeira propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*. Revista Internacional da Cruz Roja, 1998, p. 60-92.

²⁹⁵ HALL, Christopher Keith. *Première proposition de creation d'une cour criminelle internationale permanente in Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 80° année 1998, p. 59-75.

²⁹⁶ *Idem*

De acordo com o projeto de corte internacional permanente, as penas seriam objeto de uma nova convenção e seriam aplicadas pelos Estados interessados. A Corte poderia impor pagamento de indenização às vítimas, cujo pagamento incumbiria ao governo do País delinquente, pois Moynier acreditava serem os governos responsáveis por todos os males advindos da guerra, bem como que a possibilidade de condenação pecuniária seria um bom incentivo para impedir violações à Convenção. Todos os resultados da Corte seriam comunicados a todos os Estados signatários da Convenção de Genebra de 1864²⁹⁷.

Inicialmente, a proposição de Moynier foi objeto de uma troca de correspondências com alguns dos mais renomados *experts* em Direito Internacional fato que teve por consequência a publicação de suas cartas na Revista de Direito Internacional e Legislação comparada – *Revue de Droit International et de Législation Comparée*). A maioria dos juristas e parte dos governantes, entretanto não acreditavam que o surgimento de uma Corte Internacional Penal Permanente fosse ser mais eficaz que qualquer dos outros meios então existentes para lidar com casos de violação ao direito de guerra.

Embora a ideia de criação de uma corte internacional permanente para lidar com violação de direitos humanos tenha sido rediscutida em uma reunião do Instituto de Direito Internacional em Cambridge em 1895, a proposta de Moynier caiu em esquecimento, não sendo comumente citada nem mesmo nos apanhados históricos sobre o tema²⁹⁸. É certo que, antes de Moynier, homens como Rousseau já haviam escrito sobre a necessidade de criação de um tribunal internacional, mas a proposição do primeiro foi o inaugural esforço sério no sentido de efetivar essa ideia.

A previsão de um modelo baseado na arbitragem e não em um tribunal trazia problemas à proposta de Moynier, tais como a ausência de juízes imparciais e a falta de caráter institucional da entidade. Outra questão era a ausência de um projeto de convenção que qualificasse como crime as violações à Convenção de Genebra e suas respectivas sanções. Problemática também era que o Tribunal seria custeado pelos Estados beligerantes, o que poderia inviabilizá-lo, especialmente quando em casos de conflitos.

²⁹⁷ *Idem*

²⁹⁸ BASSIOUNI, M. Cherif, *Draft Statute: International Criminal Tribunal*, 1993, p. 1-45; HALL, Christopher Keith. *Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente in Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 80° année 1998, p. 67.

Ainda que a proposta de Moynier tenha certas fragilidades, sua adoção à época certamente poderia ter causado grande impacto, cuja dimensão não se pode especular nos dias de hoje. Pode-se perceber que, ao contrário do que acontecera há 125 anos, hoje a opinião pública mundial é largamente favorável à adoção de uma corte penal permanente internacional.

Dentre os principais acontecimentos que impulsionaram a ideia de responsabilidade internacional penal do indivíduo foram a Primeira e Segunda Guerra Mundiais e os conflitos armados em Ruanda e na antiga Iugoslávia.

A Primeira Guerra Mundial ocorrida de 1914 até 1918 foi um conflito primeiramente entre nações europeias e que tomou proporções globais em decorrência de um sistema bem sucedido de alianças entre as nações²⁹⁹.

Segundo Eric Hobsbawm³⁰⁰, havia cinco particularidades que rondavam as negociações dos países vitoriosos - Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e Itália³⁰¹ - que estiveram na Conferência de Paris. Primeiramente o colapso ocorrido em vários países europeus, a derrocada dos czares e o surgimento do regime Bolchevique na Rússia tendo um temor pelo fato de essa revolução influenciar outras revoluções ao redor do mundo. Em segundo, a obrigação de controlar a Alemanha, pois é fato que ela sozinha se aproximou da vitória frente aos aliados. Em terceiro, como ficaria o novo mapa europeu que com o conflito ficou totalmente deformado, precisando de uma redivisão. E em quarto como ficaria a opinião pública no que tange a política interna em países traumatizados pela guerra; e por último a necessidade de se criar um acordo de paz duradouro a ponto de se tornar impossível um novo conflito de tamanha proporção.

Diante dos instrumentos bélicos, armas, tanques de guerra e a repercussão da primeira grande guerra, foram instituídos punições à Alemanha e complementarmente

²⁹⁹ Após a morte do Arqueduoque Francisco Ferdinando, herdeiro do Império Austro-húngaro, tal Império declarou guerra a Sérvia, e por conta disso esta pediu ajuda à Rússia. Essa aliança feita entre Sérvia e Rússia levou à formação de uma tríplice aliança formada entre o Império Austro-húngaro, Itália e Alemanha e declarou guerra à Rússia. A estratégia alemã era se concentrar no flanco ocidental, pois a Rússia precisaria de algum tempo para poder organizar seus exércitos internamente. A armada alemã atravessou a Bélgica que era um país neutro, para chegar à França, pois se sabia que os franceses iriam aliar-se aos russos. Quando houve a invasão da Bélgica, a Grã-Bretanha entra em guerra contra os alemães. A Itália, que era a priori aliada da Alemanha, afirma que o fato de o território belga ter sido invadido, caracterizou-se “guerra de agressão”, isso faz com que os italianos fiquem isentos de seguir com o tratado, fazendo assim com que se aliem aos franceses e britânicos. O Japão havia firmado um tratado com a Grã-Bretanha, isso faz com que estes se unam e declarem guerra à Alemanha, à Bulgária e o Império Turco-Otomano se une ao eixo, e em 1917 os Estados Unidos se unem à Entente por interesses econômicos e políticos. - DUFFY, Michael. *First World War - How It Begun*. 2004. Disponível em <www.firstworldwar.com/origins>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

³⁰⁰ *Idem*.

foi decidido que o imperador germânico deveria responder pessoalmente no plano jurídico pelos atos que lhe pudessem ser imputados de forma direta como responsável da potência causadora da primeira guerra. Com esse objetivo, no ano de 1919 foi assinado o Tratado de Versalhes³⁰², um acordo escrito pelas nações vencedoras e assinado o armistício que põe fim à Primeira Guerra e que enveredou pela criação de um Tribunal Internacional *ad hoc* para julgamento do Imperador Guilherme II³⁰³.

O art. 227³⁰⁴ do Tratado constituiu um libelo acusatório contra Guilherme II, ou seja, estabeleceu um Tribunal especial composto por cinco juízes designados pelos Estados Unidos, Grã Bretanha, França, Itália e Japão para julgarem com base nos princípios de política entre as nações, o respeito das obrigações solenes, dos compromissos internacionais e da moral internacional. Ocorre que a recusa da Holanda na entrega de Guilherme II impossibilitou o funcionamento efetivo do Tribunal³⁰⁵.

Posteriormente, em 1920, o Comitê Consultivo de Juristas convocados para preparar o projeto para o Tribunal propôs o estabelecimento de uma Alta Corte Internacional de Justiça que deveria ser competente para julgar os crimes que constituem uma violação da ordem pública internacional ou contra a lei universal das nações a ser referendada pela Assembleia ou pelo Conselho da Liga das Nações. No entanto, alguns meses depois, essa proposta foi rejeitada pela Assembleia da Liga das Nações, como sendo prematura. Depois disso, diversos projetos de estatutos de um tribunal penal internacional foram adotados por organizações não governamentais, como a União Inter Parlamentar, em 1925, e por órgãos acadêmicos, como Associação de Direito Internacional em 1926, porém nenhum destes projetos foi concretizado³⁰⁶.

Tais tentativas iniciais foram louváveis para o seu reconhecimento de longo alcance e para a construção de um futuro órgão internacional de jurisdição criminal. No entanto, as ideias não poderiam dar frutos em um período que colocou em alta as considerações a respeito da soberania nacional. Embora existissem novos valores que transcendiam os métodos de guerra, como a proteção das minorias por intermédio da

³⁰² HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos - O Breve Século XX*. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 38.

³⁰³ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Volume I, Oxford, 2002, p. 4. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Editora Coimbra: Coimbra, 2008, p. 511; CORREIA, José de Matos, ob. cit. p. 13. DELGADO, Isabel Lirola, ob. cit. p.15-17.

³⁰⁴ O artigo 227º, § 2º, “A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.”

³⁰⁵ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D, ob. cit. p. 4.

³⁰⁶ *Ibid*, p. 5.

criação da Organização Internacional do Trabalho, a soberania de cada Estado era ainda a base da comunidade internacional.

Consequência importante é que pela primeira vez cria-se um Tribunal Penal Internacional, ainda que desprovido de estrutura permanente e de imparcialidade, para julgar indivíduos que tenham cometido crimes de guerra e que tenham cometido crimes contra nacionais de mais de um dos Estados, bem como para julgar um alto agente público do Estado por violação da moral e dos tratados.

Segundo a doutrina, esse Tribunal não teve aplicação prática, pois não estavam ainda reunidas as condições indispensáveis para que a sociedade internacional pudesse aceitar Tribunais Penais Permanentes ou *ad hoc* com poderes para julgar indivíduos violadores de normas internacionais³⁰⁷.

O que se pretende demonstrar é que o Tratado de Versalhes já demonstrava a intenção de responsabilidade internacional pelos crimes de guerra em seu artigo 231, como transcrito abaixo:

As Potências Aliadas e Associadas declaram e a Alemanha reconhece que a Alemanha e os seus aliados são responsáveis, por deles ter sido a causa, por todas as perdas e por todos os prejuízos sofridos pelas Potências Aliadas e Associadas e pelos seus nacionais em consequência da guerra, que lhes foi imposta pela agressão da Alemanha e dos seus aliados.

Art. 228: O Governo alemão reconhece o direito das Potências Aliadas e Associadas perante tribunais militares para trazer pessoas acusadas de terem cometido atos de violação das leis e costumes da guerra. Essas pessoas deverão se consideradas culpadas, serem condenadas a penas previstas por lei. Esta disposição aplicar-se-á sem prejuízo de qualquer processo ou acusação perante um tribunal na Alemanha ou no território dos seus aliados.

O Governo alemão deve entregar as Potências Aliadas e Associadas, ou a um deles, como lhe for requerido, toda e qualquer pessoa acusada de cometer ato em violação das leis e costumes da guerra, a serem especificados por nome ou posto, cargo ou emprego, que se encontrar sob custódia das autoridades alemãs.

O que vemos aqui nesses artigos supracitados nos remonta aos primórdios da criação de um Tribunal Internacional Militar, muito parecido com o pós 2ª Guerra quando foi criado com o nome de Tribunal de Nuremberg.

A História é a testemunha maior de que em tal acordo quase todos os cinco pontos mencionados acima foram um fracasso. Primeiro a Rússia surgiu como grande potência mesmo com o novo regime no poder. Segundo, que a Alemanha mesmo tendo

³⁰⁷ BRITO, Wladimir, 2008, p. 512.

ratificado o tratado de Versalhes, e seguindo um regime democrático constitucional com a República de Weimar, sempre deixou claro o seu descontentamento quanto às sanções que foram impostas achando-as injustas e não aceitáveis. Em terceiro, o esboço na formação do novo mapa europeu levando-se em consideração critérios étnico-linguísticos trouxe problemas como o da Iugoslávia que até pouco tempo provocaram tensões políticas e até conflitos armados com territórios que queriam se emancipar.

As medidas repressivas que foram infligidas à Alemanha desestabilizaram por completo o modo de vida alemão em vários aspectos, principalmente na questão econômica e um total descontentamento do povo alemão. Essas sanções trouxeram miséria e desemprego, o povo desesperado ansiava por alguém que guiasse o seu país para sair dessa situação. Esse desespero abriu portas para que discursos extremistas fossem vistos com bons olhos, trazendo assim ao poder Adolf Hitler, austríaco com excelente oratória, que trouxe a esperança apontando os inimigos do Reich. Suas reais intenções levaram o mundo posteriormente a uma 2ª Guerra Mundial.

Entende-se que a jurisprudência acerca dos crimes internacionais cometidos no curso da Primeira e Segunda Guerra Mundial, e os Tribunais Penais Internacionais constituídos no pós-conflito contribuem para uma análise da evolução dos crimes internacionais e para a análise das dificuldades de uma efetiva responsabilidade internacional penal do indivíduo. Dentre os tribunais que segundo alguns doutrinadores serviram de impulso para o Tribunal Penal Internacional Permanente são: o Tribunal de Nurembergue, Tribunal para o Extremo Oriente e os Tribunais para Ex-Iugoslávia e para Ruanda.

3.2 - Fase inicial: Tribunais de Nurembergue³⁰⁸ e de Tóquio.

³⁰⁸ MCDONALD, Gabrielle Kirk; SWAAK-GOLDMAN. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Volume II, Part 2, Documents and Cases. Kluwer Law International: Netherlands, 2000, p. 629-750; PERAGÓN, José Raúl Calderón. *El Juicio de Nuremberg: Hacia una Corte Penal Internacional*. Editorial Jabalruz, La Paz, 2000, p.21-75. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 27 – 28; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 110-116; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez. *La Corte Penal Internacional* in ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª edición, Madrid, Editorial Dilex, SI, 2003, pp. 382-383. SCHARF, Michael P. *Balkan Justice: The Story Behind the First International War crimes Trial Since Nuremberg*. Carolina Academic press: Estados Unidos, 1997 e ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Rubens Siqueira, Companhia das Letras: São Paulo, 1999.

De 20 de Novembro de 1945 a 16 de Outubro de 1946 no Palácio da Justiça na cidade alemã de Nurembergue ocorreu um dos julgamentos mais importantes da história que segundo o Presidente britânico do Tribunal Lord Lawrance “assistimos a abertura de um processo sem precedentes na história da humanidade e que reveste de uma grande importância diante dos olhos do mundo inteiro”.

As bases do julgamento de Nurembergue tiveram início em 1940 quando os representantes dos países ocupados durante a Segunda Guerra Mundial se reuniram em Londres e aprovaram a seguinte resolução “um dos principais objetivos no fim da Guerra pelos aliados é o de castigar os responsáveis pelos crimes cometidos nas nações ocupadas”. Assim, os governos se comprometeram a capturar os responsáveis de qualquer nacionalidade e a levar ao Tribunal e que assim fossem julgados.

Em 17 de outubro de 1942, representantes de dezessete nações criaram em Londres a Comissão Inter-aliada para Crimes de Guerra. Contudo, em novembro de 1943, em Moscou, Stalin, Churchill e Roosevelt firmaram declaração conjunta com o objetivo de castigar os responsáveis por crimes que afetaram diversos países. Denominada de Declaração de Moscou³⁰⁹, previa a competência para julgamento de crimes de guerra, competência territorial em relação aos crimes cometidos por alemães nos territórios ocupados durante a Segunda Guerra e competência internacional sobre os criminosos que não fossem encontrados em um país determinado³¹⁰.

Em seguida, o Departamento de Estado, de Guerra e de Justiça dos Estados Unidos iniciou estudo sobre o processo de julgamento por intermédio dos juízes Samuel Rosenmann e Robert Jackson. Somente em 25 de junho de 1945 se reuniram o americano Robert Jackson e onze ajudantes, o britânico David Maxwell-Fyfe e seus onze ajudantes, o francês e conselheiro do Tribunal de Apelação Robert Falco, o professor especialista em Direito Internacional Público André Gross e o soviético, General Nikitkenko que estavam de acordo com o procedimento de responsabilização criminal individual baseado no sistema anglo-saxão e a sede do Tribunal em Nuremberg.

As negociações culminaram no Acordo de Londres, em 8 de agosto de 1945, e no anexo denominado Carta do Tribunal Militar Internacional que previa a composição, as atribuições e os procedimentos de responsabilização criminal. O Tribunal de

³⁰⁹ HEYDECKER, Joe J. *O processo de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Bruguera, 1968, p. 440. DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín. *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*. Editora: Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 39. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, ob. cit. p. 586 – 593. BRITO, Wladimir, 2008, p. 498-502.

³¹⁰ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D, ob. cit. p.6.

Nurembergue foi investido de plenos poderes para processar e julgar os grandes crimes de guerra com localização precisa. Grandes crimes de guerra, segundo José Pegarón, identificavam a atribuição para o julgamento de integrantes da cúpula do Império Alemão e os dirigentes máximos do sistema, pois os crimes menores foram processados e julgados pelos tribunais nacionais dos países ocupados.

Essa classificação se baseava em duas categorias. A categoria dos grandes criminosos era constituída pelos dirigentes máximos cujas ações não podiam, pelos seus objetivos e efeitos, ser considerados geograficamente circunscritos a este ou aquele território estadual, assim, a competência para julgar esses dirigentes era atribuída à jurisdição internacional. A categoria dos criminosos menores formada por aqueles que executavam no território de um dado Estado as ações programadas e definidas pelos dirigentes máximos, sendo de competência dos Tribunais nacionais do território onde foi realizado o ato, para processar e julgar tais criminosos³¹¹.

Diante desta classificação baseada nas regras do Tratado de Genebra de 1949 sobre o direito da guerra, resultou a instituição de uma repressão de caráter internacional e outra de caráter nacional por órgãos jurisdicionais internacionais e nacionais³¹².

No que tange a jurisdição internacional, o julgamento de Nurembergue iniciou em 20 de novembro de 1945, na Sala do Tribunal do Povo no Palácio da Justiça de Nurembergue, Alemanha. Foram a julgamento os dirigentes máximos do Império Alemão, membros do governo e militares³¹³. Também se apresentaram os organismos governamentais e militares: O Governo do “III Reich” integrado pelo Gabinete de Conselho dos Ministros para a Defesa e o Conselho de Ministros Secretos³¹⁴.

Dentre os integrantes do Governo acusados: A. Eichmann, Chefe da Seção Judia da Gestapo e Coronel da SS, localizado em 1960, sequestrado na Argentina por agentes israelitas para ser consuzido a Israel, onde foi julgado e executado em 1962. W. Rauff,

³¹¹ BRITO, Wladimir, 2008, p.513.

³¹² *Idem*.

³¹³ H. W. Goering, presidente da Prússia; R. Hess, general da SS; W. Keitel, membro do Conselho de Ministros para a defesa do Império; A. Jodl, capitão e general do Estado Maior; K. Doenitz, Almirante e Comandante da frota de submarinos e da marinha de guerra e sucessor de Hitler; E. Raeder, Comandante e Chefe da Marinha de Guerra; W. Frick, General da SS; H. Frank, diretor do Serviço Jurídico do Patrimônio Nacional-socialista; H. Fritzsche, Chefe de Radiodifusão e da Secretaria de Imprensa; A. Rosenberg, Diretor da Oficina de Política do Exterior do Partido; K. Von Neurath, General da SS; J. Von Ribbentrop, General da SS; H. Schacht, Ministro da Economia do Governo Central e da Prússia; W. Funk, Ministro da Economia; E. Kaltenbrunner, General da SS; A. Seyss-Inquart, General da SS; J. Streicher, General da SA; F. Sauckel, General da SS e da AS; B. Von Schirach, Chefe das Juventudes Hitlerianas; A. Speer, Inspetor General de Construções e Ministro de Armamento e Munição; F. Von Papen, Vice Chanceler do Império alemão.

chefe da polícia da Tunísia e posteriormente em Milão, chegou a escapar para o Chile, onde morreu em 1984. F. Stangl, Comandante do Campo de concentração Treblinka, julgado em Düsseldorf em 13 de maio de 1970 após sua extradição do Brasil, falecendo em 1971. G. Wagner, Comandante do Campo de Concentração de Sobibor, suicidando-se em 1980. E. Roschmann, Comandante de Riga, escapou para a Argentina e fugiu para o Paraguai, onde faleceu em 1977. O. Globocnik, Governador de Viena e Chefe da SS em Dublin, suicidando-se em 1945 na prisão de Villach. R. Höss, Inspetor General Alemão dos Campos de Concentração foi detido pela polícia britânica em 1946 e entregue às autoridades polacas, foi condenado à morte por crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.

O julgamento durou duzentos e dezoito dias, todos os acusados tiveram defesa com a participação de grupos, organizações e diferentes classes políticas e militares. O Tribunal foi presidido por Lawrence e como substituto William Birkett, composto por oito juízes, quatro titulares e quatro substitutos, dentre eles, o juiz americano Biddle e seu suplente John Parker, Donnedieu de Vabres com seu substituto Robert Falco e o juiz soviético Nikitchenko e seu substituto o Coronel Alexander Volckhov.

A acusação e fiscalização do julgamento incumbia ao americano Robert Jackson, ao representante do Tribunal Supremo francês François de Menthon, ao inglês Hartley Shawcross e Chefe Soviético General R. A. Rudenko.

A primeira alegação realizada pelo advogado O. Stahmer na defesa de H. Goerig referiu-se à violação do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal com base na máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, em que nenhum fato pode ser considerado crime sem que a lei anterior o defina e nenhuma pena que não estivesse previamente estabelecido pela lei não poderá ser aplicada, requerendo a improcedência do início do julgamento contra os referidos acusados.

O Tribunal de Nurembergue possuía competência para três categorias de crimes conforme o artigo 6º da Carta do Tribunal Internacional Militar³¹⁵. Os crimes contra a paz com seus elementos constitutivos de planejar, preparar, incitar guerras de agressão ou guerras que constitua violação de tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participar de planos comuns ou conspiração para lograr algum dos objetivos anteriores.

Os crimes de guerra, identificados como violações das leis ou usos de guerra, a exemplo de assassinatos, maus tratos, ou a deportação para realizar trabalhos forçados

³¹⁵ LOPES, José Alberto Azeredo, p. 496 – 508.

ou para outros objetivos com a população civil de um território ocupado ou em seu território. Assassinatos, maus tratos a prisioneiros de guerra ou a pessoas em alto mar, roubo de bens públicos ou privados, a destruição sem sentido de cidades ou povos ou a devastação não justificada por necessidade militar³¹⁶.

Os crimes contra a humanidade, a saber, assassinatos, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes ou durante a guerra, a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos dos crimes previstos no Estatuto ou relacionados com estes, mesmo se previstos ou não na legislação interna do país onde ocorreram³¹⁷.

Importante foi a instituição do Conselho de Controle pela Lei nº 10, de 20 de dezembro de 1945, no intuito de estabelecer uma base jurídica uniforme na Alemanha para a prossecução de criminosos de guerra e outros criminosos similares, além dos que são abrangidos pelo Tribunal Militar Internacional. Assim, previu os crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a Humanidade e a pertença a categorias de um grupo ou organização de criminosos declarados como tal pelo Tribunal Militar³¹⁸.

O período de 20 de novembro de 1945 a 16 de Outubro de 1946 correspondeu à acusação até a leitura da sentença. Foram apresentadas provas, fundamentação da responsabilidade criminal individual de cada acusado, a defesa pelos advogados, oitiva de testemunhas, de cada acusado e das organizações. Bem como foram apresentadas as conclusões do Ministério Público, as declarações finais dos acusados e, por fim, do dia 30 de setembro a primeiro de outubro de 1946 ocorreu a leitura da sentença³¹⁹ e as execuções ocorreram nos dias 15 e 16 do mesmo mês.

Na primeira parte da sentença, foram demonstrados argumentos que enfraqueciam a alegação de violação ao princípio da legalidade e da irretroatividade das leis penais. Primeiro que o Tribunal era competente para processar e julgar tais crimes,

³¹⁶ GREPPI, Edoardo, ob. cit. p.537.

³¹⁷ GREPPI, Edoardo, ob. cit. p. 536-541.

³¹⁸ LOPES, José Alberto Azeredo, p. 501-502.

³¹⁹ H. Goering, Von Ribbentrop, A. Rosenberg, W. Keitel e A. Jold foram condenados à pena de morte por enforcamento, em virtude de serem considerados culpados por conspiração, de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Também E. Kaltenbrunner, M. Bormann, H. Frank e F. Sauckel foram culpados por crimes de guerra e crimes contra a humanidade; W. Frick e Seyss-Inquart foram culpados por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade e J. Streicher culpado por crimes contra a humanidade. À prisão perpétua foram condenados R. Hess, E. Reader e W. Funk. À vinte anos de prisão A. Speer e B. Von Schirach. À quinze anos de prisão C. Von Neurath; à dez anos de prisão K. Doenitz.

pois estava vinculado ao seu Estatuto. Também, que o Tribunal não cria direito e sim aplica o direito já existente, em especial, as normas de direito consuetudinário.

A sentença reconheceu a máxima “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” como princípio de justiça, porém seria mais injusto que as infrações a Convenções e Tratados Internacionais ficassem sem responsabilização. Ademais, os acusados faziam parte do governo e conheciam os Tratados e Acordos firmados pela Alemanha e tais infrações correspodiam a violações de Direito Internacional.

No que tange à argumentação de que os agentes do Estado praticavam as infrações mediante ordens de Hitler, as quais não poderiam descumprir, a sentença aplicou o artigo 7º da Carta do Tribunal Internacional Militar “A posição oficial dos réus, como Chefes de Estado ou responsáveis oficiais em departamentos governamentais, não excluirá a responsabilidade ou atenuará a punição” e no artigo 8º “O fato de o réu ter agido no cumprimento de ordens do seu Governo ou de um superior não excluirá a sua responsabilidade, mas poderá ser tido em conta na atenuação da punição se o Tribunal considerar que a justiça assim o exige”³²⁰.

Nesse sentido, a sentença desconsiderou a teoria dos atos de soberania dos Estados diante dos atos de seus agentes, bem como considerou irrelevante o princípio da ordem hierárquica e das imunidades de agentes do Estado para a responsabilização criminal dos acusados. Aspectos primordiais para a responsabilização individual penal de Chefes de Estado e agentes políticos de alto escalão no decorrer da história até o Tribunal Penal Internacional Permanente.

Outra questão colocada pelos defensores dos acusados, a exemplo do Dr. H. Jahreiss em defesa de A. Jodlfu foi pela exclusão da responsabilidade criminal do indivíduo, visto que os atos eram públicos, praticados por agentes do Estado e em nome do Estado. Contudo, a sentença declarou que “os crimes contra o Direito Internacional foram cometidos pelos homens e não por entidades abstratas”. Fato que traduz a necessidade de responsabilidade individual penal e não apenas à imputação de responsabilidade Estatal.

Por fim, Jahreiss pretendeu que os principais dirigentes fossem julgados por um Tribunal alemão para aplicar a Lei Alemã, em respeito à competência territorial e nacional dos acusados, porém a sentença determinou que fosse suspensa a soberania do Estado Alemã e repassada para os Estados aliados. Dessa forma, não se poderia aplicar

³²⁰ LOPES, José Alberto Azeredo, p. 500.

a lei territorial porque os fatos careceriam de localização geográfica precisa e se tratava de crimes de grande repercussão e gravidade.

Em seguida foi desconsiderado o princípio da territorialidade alegado pela defesa, em razão da Ata de rendição incondicional da Alemanha e a assunção suprema da autoridade dos quatro Estados vencedores da segunda Guerra Mundial reconhecida pela Declaração de Berlin, de 5 de junho de 1945. Assim, os aliados assumem a suprema autoridade, incluindo todos os poderes do Governo ou autoridade estatal, municipal ou local e o crime cometido fora do solo alemão seria processado e julgado no Tribunal Penal Internacional.

A contribuição do sistema de Nurembergue para o reconhecimento e configuração do princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo foi de extrema importância para o Direito Internacional, à medida que tanto o Estatuto como a sentença do Tribunal estabeleceram de forma expressa a responsabilidade penal individual dos criminosos de guerra.

Ademais, o entendimento de que os crimes são praticados por homens e não por entidades abstratas e que a justiça se concretiza no momento da aplicação do direito internacional penal aos indivíduos impulsionou a formação de outras instituições, principalmente em razão da possibilidade de julgamento de fatos independentemente dos critérios de competência territorial e imunidade do agente estatal.

Foi justamente esse cenário que levou a fortificação da responsabilidade internacional penal. O Tribunal de Nuremberg foi uma resposta aos horrores e à esmagadora realização do genocídio nazista na Europa, ou seja, considerou toda a extensão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial para demonstrar as consequências perniciosas que poderiam seguir a partir do exercício de noções extremas de soberania do Estado e para sacudir a comunidade internacional para fora de sua complacência.

A indignação universal provocada por esses crimes levou à convicção generalizada de que nunca mais essas tiranias poderiam ficar impunes. Vale a pena considerar o que, em particular, induziu os Aliados a realizar julgamentos contra os alemães e seus colaboradores após a Segunda Guerra Mundial e que, mais recentemente, convenceu os governos a realizar julgamentos semelhantes para os crimes de guerra e crimes contra a humanidade³²¹.

³²¹ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D, ob. Cit., 2002, p. 5-7. Sobre os crimes internacionais, em especial os Crimes contra a Humanidade no Direito Internacional Penal ALMEIDA,

Quanto à competência *ratione personae* do Tribunal, incluem-se líderes, organizadores, instigadores e cúmplices que haviam tomado parte na formulação e execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer dos crimes da Carta, todos eles foram considerados atos praticados por qualquer pessoa na execução de tal plano³²².

Outro ponto relevante foi o debate acerca da adequação e da tipicidade dos crimes contra a paz e contra a humanidade diante do princípio da legalidade no âmbito penal, diferente dos crimes de guerra que podiam se fundamentar nos usos de guerra, ou seja, no direito dos conflitos armados. Contudo, o Tribunal estabeleceu que o Estatuto é a expressão do direito internacional que poderia retroagir para não deixar impune condutas desumanas e lesivas à sociedade internacional.

O Estado britânico declarou que a derrota da Alemanha foi o suficiente para prender e punir os principais responsáveis pela determinação e aplicação da política nazista, sem perder tempo com procedimentos legais. Sugeriu que criminosos menores poderiam ser julgados por tribunais especialmente criados. Contudo, como poderia um inimigo derrotado ser condenado sem o devido processo legal por crimes de grande repercussão?

Punir sem julgamento seria acabar com um dos pilares da democracia: ninguém pode ser considerado culpado até que seus crimes sejam provados em um julgamento justo. Para abandonar um princípio tão fundamental era necessário priorizar princípios da justiça e da civilização, punindo os supostos culpados, mesmo sem o benefício de um procedimento judicial previamente estabelecido. O julgamento de Nuremberg foi assim, realizado a fim de defender os postulados da justiça.

Os crimes cometidos pelo Terceiro Reich e seus oficiais nazistas eram tão terríveis que algum registro visível deveria ser considerado por doutrinadores. Estudo realizado em grande escala permitiria o Tribunal de reunir uma enorme pilha de registros úteis não apenas no tribunal, mas para os historiadores e para as gerações vindouras.

O julgamento foi, portanto, visto como um método para a construção de um arquivo de documentos históricos que poderiam desaparecer, porém serviriam e servem

Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Editora Almedina, Coimbra, 2009.

³²² GREPPI, Edoardo, ob. cit. p. 538.

como lição de história para as gerações futuras no que tange a responsabilidade penal internacional.

A razão mais relevante para o julgamento de Nuremberg foi o caráter coletivo dos crimes nazistas. O massacre de civis e prisioneiros de guerra, a perseguição aos judeus e opositores políticos não eram apenas grandes fenômenos, mas eram, além disso, integrantes de uma política seguida assiduamente pelos mais altos escalões nazistas e aplicada pelos militares pertencentes à totalidade do aparelho burocrático estatal.

Os crimes solicitados pelas diretivas do ditador e os líderes nazistas, naturalmente, pertencem à criminalidade coletiva ou a um sistema impossível de puní-los por meio dos tribunais nacionais ou dos Estatutos a que os autores pertenciam. Em consequência, e como mencionado acima, apenas o adversário poderia ter a certeza de que a justiça foi feita, ao ganhar a guerra.

O Tribunal de Nuremberg sentiu o ensaio dramático de crimes nazistas - e do racismo e totalitarismo - e trouxe uma impressão profunda para a opinião mundial. Assim, o julgamento foi projetado para processar grandes fenômenos históricos claramente visíveis, e foi concebido como meio de combater o mito do Estado nazista.

Em 26 de julho de 1945, duas semanas antes da conclusão da Conferência de Londres, as quatro grandes forças - Aliados - emitiram a Declaração de Potsdam anunciando, para a surpresa de muitos, intenção de processar ilustres autoridades japonesas para esses mesmos crimes previstos na Carta de Londres.

Subsequentemente, em 19 de janeiro de 1946, o general Douglas McArthur, Comandante Supremo das Forças Aliadas no Japão, aprovou, na forma de uma ordem executiva, a Carta de Tóquio, estabelecendo a Constituição, a competência, e as funções do Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente³²³ nos mesmos termos que a

³²³ CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemonger*. Cambridge, 1993, p. 89 e ss. MCDONALD, Gabrielle Kirk; SWAAK-GOLDMAN. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Volume II, Part 2, Documents and Cases. Kluwer Law International: Netherlands, 2000, p. 751- 830. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 27-28; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp. 110-116; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383. Artigos de HAKA, Ikuhiko. *The Nanking Atrocities: Fact and Fable*. Disponível em: <http://www.wellesley.edu/Polisci/wj/China/Nanjing/nanjing2.html>. Acesso em 10.03.2012. E *HyperWar: International Military Tribunal for the Far East (Chapter 8)* (Paragraph 2, p. 1015, Judgment International Military Tribunal for the Far East. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-8.html>. Acesso em 10.03.2012.

Carta de Nuremberg. A Carta de Tóquio³²⁴ foi emitida em 26 de abril de 1946 e incluiu os crimes recém articulados contra a paz e a humanidade³²⁵.

Em geral, a Carta de Tóquio foi modelada na Carta de Nuremberg. No entanto, existem algumas diferenças entre os dois textos e a forma como estes regulamentaram a estrutura dos Tribunais e as acusações que poderiam ser apresentadas contra os réus.

O Julgamento de Tóquio começou em 3 de maio de 1946, com duração de aproximadamente dois anos e meio e gerando uma transcrição de mais de quarenta e cinco mil páginas. Esse ensaio foi fonte de muita controvérsia durante e após o evento. Alguns alegaram que o julgamento foi veículo de vingança americana para o traiçoeiro ataque a Pearl Harbor, ou foi meio de aplacar a culpa nacional americana sobre o uso de armas atômicas no Japão.

Conhecido como Julgamento de Tóquio, seu objetivo era julgar os líderes do Império do Japão a título individual ou como membros de organizações por três tipos de crimes previstos no artigo 5º da Carta de Tóquio, correspondente ao 6º da Carta de Londres.

Crimes contra a paz, entendidos como o planejamento, preparação, iniciação ou lançamento de uma guerra de agressão, declarada ou não, ou de uma guerra em violação ao Direito Internacional, de tratados, acordos ou garantias ou participação num plano comum ou conspiração para a realização de um dos atos mencionados.

Competia também processar e julgar os crimes de guerra convencionais, nomeadamente as violações de leis e costumes de guerra. Por fim, crimes contra a humanidade, como o homicídio, extermínio, escravatura, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil antes ou durante a guerra, ou perseguição por motivos políticos ou raciais relacionados na jurisdição do Tribunal, quer tenham sido ou não praticados em violação do direito interno do Estado onde são perpetrados, cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, nomeadamente no chamado Massacre de Nanquim.

Segundo o artigo 5º, os líderes, organizadores, instigadores e cúmplices que tenham participado na congeminação ou execução de um plano comum ou conspiração

³²⁴ A Carta de Tóquio, na realidade, foi formulada apenas pelos americanos, essencialmente por J. B. Keenan, Promotor Chefe do Tribunal de Tóquio e só foi consultada pelos Aliados após a sua emissão oficial. RÖLING, B.V.A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond*, 1993.

³²⁵ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D, ob. cit., 2002, p. 7-8. RÖLING, B.V.A.; CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond*, 1993. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 591.

para cometer algum daqueles crimes são responsáveis por todos os atos praticados por qualquer pessoa em execução desse plano.

Nessa linha, o artigo 6º da Carta do Tribunal de Tóquio prevê que a posição oficial de um acusado ou o fato de este ter atuado em execução de ordens do seu governo não será suficiente, por si só, para libertar esse acusado de responsabilidade por qualquer crime de que esteja acusado, mas essas circunstâncias poderão ser levadas em conta para a redução da pena, se o Tribunal considerar que a justiça assim o exige³²⁶.

Vinte e cinco militares e líderes políticos japoneses foram acusados de crimes contra a paz, e em torno de 5.700 nacionais japoneses foram acusados de crimes de guerra e contra a humanidade, a grande maioria pelo abuso de prisioneiros. Contudo, ao final, seis condenações à morte foram pronunciadas³²⁷.

Importante ressaltar que aos criminosos de guerra japoneses não foi imputada a prática de crimes contra a humanidade contra nacionais japoneses, em território japonês, mas somente o cometimento de ofensas contra Estados e cidadãos estrangeiros³²⁸.

Um dos casos submetidos ao Tribunal foi o Massacre de Nanquim também conhecido como o Estupro de Nanquim perpetrado por crimes de guerra cometidos pelo exército imperial japonês em Nanquim, então capital da República da China, após a invasão das tropas japonesas no dia treze de dezembro de 1937. Durante a ocupação de Nanquim o exército japonês cometeu estupros contra mulheres e crianças, saques, incêndios criminosos e a execução tanto de prisioneiros de guerra quanto de civis. Embora as execuções tenham começado sob o pretexto de se eliminarem soldados chineses disfarçados de civis, afirma-se que muitos inocentes foram identificados intencionalmente como combatentes inimigos e executados depois que o massacre ganhou força.

De acordo com o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, estimativas feitas em data posterior indicam que o número total de civis e prisioneiros de guerra assassinados em Nanquim e em suas proximidades durante as primeiras seis semanas de ocupação japonesa foi de mais de 200.000³²⁹.

Considerando o que aconteceu após a I Guerra Mundial, a experiência mostrou em que medida a justiça internacional pode ser comprometida por causa do expediente

³²⁶ LOPES, José Alberto Azeredo, p. 506-508.

³²⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 591.

³²⁸ CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D, ob. cit., 2002, p. 8. Bem como, em CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemonger*. Cambridge, 1993, p. 89.

³²⁹ CASSESE, Antonio, 1993, ob. cit. p. 93.

policial. A experiência da Segunda Guerra revelou, por outro lado, que a eficácia da justiça internacional pode acontecer quando há vontade política para apoiar a responsabilidade penal individual e os recursos necessários para torná-la eficaz. Esses conjuntos de experiência impuseram justiça dos vencedores sobre os vencidos. No entanto, foram importantes em muitos aspectos.

Primeiro quebrou o monopólio da jurisdição penal sobre crimes internacionais - crimes de guerra - até aquele momento firmemente praticado pelos Estados. Segundo, instituições foram criadas com a finalidade de processar e punir os crimes que têm dimensão internacional, independentemente de ser ou não nacional. Terceiro, novos crimes foram previstos no Acordo de Londres e tornou puníveis crimes contra a humanidade e crimes contra a paz. Quarto, os estatutos e a jurisprudência do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, e dos vários tribunais criados pelos Aliados, no rescaldo da II Guerra Mundial, desenvolveram novas normas legais e padrões de responsabilidade que avançou o primado do direito internacional, a exemplo da eliminação da defesa da obediência a ordens superiores e a responsabilidade dos chefes de Estado.

Finalmente, um significado simbólico surgiu a partir dessas experiências em termos de seu legado moral, o qual foi desenhado por aqueles que buscam uma efetiva e permanente, e politicamente descompromissada justiça internacional. Bem como ratificou a necessidade de impulsionar a codificação do Direito Internacional Penal, o reconhecimento de certa subjetividade internacional do indivíduo e o aparecimento da doutrina dos direitos humanos³³⁰.

Os julgamentos de Nuremberg e de Tóquio produziram grande número de decisões que muito têm contribuído para a formação de jurisprudência sobre a responsabilidade penal individual sob a lei internacional e a possibilidade de criação de uma jurisdição internacional penal permanente. A experiência jurisdicional marcou o início do processo gradual de formulação precisa e de consolidação de princípios e regras em que Estados e organizações internacionais - Nações Unidas e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha - lançaram para trazer a codificação por meio de tratados internacionais.

³³⁰ CASSESE, Antonio, ob. cit. p. 89 e ss.

3.3 - Fase de consolidação: Tribunais *ad hoc*³³¹

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia³³² foi criado com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, por intermédio das Resoluções 808 e 827 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas em 1993, com o objetivo de processar os responsáveis pelas violações de Direito Internacional Humanitário cometidos no território iugoslavo³³³.

Tribunal *ad hoc* com jurisdição limitada sob o ponto de vista espacial e sob o ponto de vista temporal foi criado para processar e julgar crimes cometidos em território da ex-Iugoslávia a partir de 1991³³⁴. O Tribunal se baseava nas regras de Direito Internacional Humanitário, regras de Direito Convencional e de direito costumeiro aplicáveis aos conflitos armados, a saber: Convenção de Genebra de 1949, Convenção de Haia sobre os costumes de guerra de 1907, a Convenção de 1948 sobre prevenção e repressão de crime de genocídio e o Estatuto do Tribunal militar de Nuremberg³³⁵.

Segundo Allain Pellet³³⁶, esse Tribunal contribuiu para ratificar a competência da Assembleia Geral da ONU para manutenção da paz e da segurança internacionais e o grande controle pelo Conselho de Segurança na criação de futuros tribunais criminais internacionais. Também, sua estrutura, princípios, crimes e procedimentos serviram de inspiração para o Tribunal Penal Internacional permanente.

Os primeiros passos do Tribunal foram dados numa quase clandestinidade, e apenas em novembro de 1993 tomaram posse os primeiros 11 juízes eleitos pela

³³¹ Sobre os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para a Ruanda DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 735-738; CLARK, Roger S.; SANN, Madaleine. *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*. Transaction Publishers: New Jersey, 1994. CAEIRO, Pedro. *Claros e escuros de um auto-retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para a Ruanda sobre a própria legitimação in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 12-31. VENTURA, Catarina Sampaio. *O significado do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia na edificação de um sistema de justiça penal internacional*, in *Direito Penal Internacional: para proteção dos Direitos Humanos*. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Goethe-Institut de Lisboa, Editora Fim do século: Coimbra, 2003, p. 172 e ss.

³³² DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. pp. 735-738; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 29-32; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. pp.120-130; CUNHA, Joaquim Moreira da silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383.

³³³ LESCURE, Karine; TRINTIGNAC, Florence. *Une justice Internationale pour L'ex-Yougoslavie: mode d'emploi du tribunal pénal international de La Haye*. Editora L'Harmattan: Paris, 1994, p. 21.

³³⁴ BRITO, Wladimir, 2008, p.518 e ss.

³³⁵ LESCURE, Karine; TRINTIGNAC, Florence. ob. cit. p. 37.

³³⁶ PELLET, Alain. *Le Tribunal International pour l'ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?*. *Révue Générale de Droit International Public*, n° 98, 1994.

Assembleia Geral das Nações Unidas. Embora tenha sido elaborado para funcionar com 11 juízes, atualmente é composto por 16 juízes que formam um corpo permanente, que pode ser complementado por juízes provisórios (*ad litem*)³³⁷.

O corpo de 27 juízes *ad litem* foi criado pela Resolução do Conselho de Segurança n. 1329/2000 e previsto no artigo 13 do Estatuto para atender o aumento da carga de trabalho nos últimos anos, como decorrência dos indiciamentos e detenções de acusados de prática dos crimes compreendidos na competência material do tribunal.

Os atuais 16 juízes permanentes estão repartidos por câmaras de primeira instância e uma câmara de recurso. A primeira instância, composta por duas Câmaras Jurisdicionais e a segunda instância pelo Tribunal de Apelação, composto por uma Câmara com cinco juízes. Formado também por uma Procuradoria, constituída por um Procurador e um Adjunto responsáveis pela investigação e perseguição dos criminosos. Há também um escrivão que serve as Câmaras e a Procuradoria responsável pela administração geral do Tribunal³³⁸.

Os Juízes são eleitos entre candidatos apresentados pelos Estados membros da ONU e que não tenham missão permanente. O Conselho de Segurança elabora uma lista de 22 a 33 juízes e a Assembleia Geral elege 11 membros por maioria absoluta, não podendo permanecer dois juízes da mesma nacionalidade. O Procurador que deverá ser jurista é nomeado pelo Conselho de Segurança mediante indicação do Secretário Geral da ONU, conforme o n° 4 do artigo 16° do Estatuto. O escrivão é designado pelo Secretário Geral mediante indicação do Presidente do Tribunal que deverá ouvir previamente os demais juízes. Todos com mandato de quatro anos renovável.

Apesar das enormes dificuldades, da carência de meios e de recursos no início de sua existência, o Tribunal para Ex-Iugoslávia conseguiu construir pouco a pouco o seu *corpus juridicus*, animado por uma doutrina e jurisprudência internacionais fascinadas com o nascimento do novo Tribunal internacional³³⁹. O Regulamento de Procedimento e de prova e um corpo de decisões formam hoje uma das bases do direito

³³⁷ RODRIGUES, Almiro. *O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia e seus contributos para o Direito (Penal) Internacional*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, fascículo 3°, Julho-Setembro 2001, Editora Coimbra, p.355-356.

³³⁸ Artigos 11°, 12°, 16° e 17° do Estatuto do Tribunal Penal e Artigos 30° e seguintes do seu Regulamento Interno.

³³⁹ Ademais o balanço resumido demonstra sua importância no âmbito da responsabilidade internacional penal do indivíduo: quatorze acusados na Primeira Câmara, dezesseis em recurso de apelação e oitenta e nove com trânsito em julgado. Previsto no sítio <http://www.icty.org/action/cases/4>. Acesso em Dezembro de 2012.

penal internacional e direito processual penal internacional, e servem ainda de referência ao estabelecimento do Tribunal Penal Internacional Permanente.

Destaca-se o direito processual penal, haja vista que os juízes possuem o poder de elaborar o regulamento de procedimento e de prova, fixado à luz de grandes princípios que estão relacionados aos direitos dos acusados e à proteção das vítimas e testemunhas³⁴⁰.

No Tribunal não há jurados, há apenas juízes profissionais, o que lhes permite intervenção ativa na definição e condução do processo. É um sistema moderno, pode-se também recorrer às novas tecnologias audiovisuais e aos métodos mais avançados para apresentar em audiência os diferentes meios de prova e registrar os depoimentos das testemunhas.

A jurisprudência do Tribunal se baseava em grandes princípios, nomeadamente os princípios gerais de direito reconhecidos no artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça e os princípios comuns aos grandes sistemas de direito.

Os princípios³⁴¹ de grande relevância que norteavam o Tribunal são *nullum crimen sine lege*, *non bis in idem*, responsabilidade criminal individual e a presunção de inocência. O primeiro permite considerar como crimes os estabelecidos na Convenção de Genebra de 1949, no sentido de que aos acusados pode ser imputada a prática de fatos de acordo com o Direito Internacional geral que constitua crime, sem que viole o princípio da legalidade.

Non bis in idem, previsto no artigo 10º do Estatuto e artigo 13º do Regimento Interno, consagra a regra que proíbe o julgamento de um acusado por prática de ato que constitua séria violação de Direito Internacional Humanitário em Tribunal nacional, quando já tiver sido julgado pelo Tribunal Internacional.

A responsabilidade criminal individual presente nos artigos 6º e 7º do Estatuto estabelece que a pessoa que tenha praticado qualquer dos crimes previstos deverá ser julgada independentemente da posição oficial que ocupa na estrutura do Estado, a exemplo de Chefe de Estado e de Governo, Comandantes das forças militares³⁴².

Ademais, o artigo 7º, nº 4, previu que a obediência hierárquica de ordens de seus superiores é considerada irrelevante para fins jurídico-criminais, podendo somente ser

³⁴⁰ O artigo 22 prevê nas suas regras de procedimento e de prova medidas de proteção das vítimas e testemunhas a exemplo da audiência à porta fechada e a proteção da identidade das vítimas. RODRIGUES, Almiro. ob. cit. p. 358 – 360.

³⁴¹ TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999.

³⁴² LESCURE, Karine; TRINTIGNAC, Florence. ob. cit. p. 47-49.

aceite como atenuante. Ou seja, a jurisprudência do Tribunal merece atenção especial no que concerne ao acusado, principalmente em relação à noção de coação e a noção de superior hierárquico. Os juízes reconheceram efetivamente que um superior hierárquico poderia ser condenado, não somente na base dos seus atos cometidos individualmente, mas também na base da omissão das suas obrigações com os seus subordinados³⁴³.

Dessa forma, há relevância o art. 7, nº 3, do Estatuto que estabelece a responsabilidade penal de superior hierárquico quando “ele sabia ou tinha razões para saber que o subordinado se preparava para cometer um crime ou que o cometeu e que o superior hierárquico não tomou as medidas necessárias e razoáveis para impedir de praticar tal crime ou para punir os autores”.

Também o Tribunal esclareceu certos aspectos cruciais na aplicação do direito costumeiro e do direito internacional humanitários, como por exemplo, a noção de conflito armado e atentado à dignidade humana. Considerou que há conflito armado sempre que há recurso à força armada entre Estados ou um conflito prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre tais grupos no seio de um Estado, seja de caráter internacional ou não³⁴⁴.

É válido ressaltar a independência desse Tribunal em relação ao Tribunal Internacional de Justiça. A diferença essencial é que o Tribunal deve julgar os indivíduos, sendo a responsabilidade penal individual o objeto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia; os Estados e a eventual responsabilidade estadual são objeto do Tribunal Internacional de Justiça.

Contudo, o Tribunal era extremamente dependente da vontade política dos Estados e do orçamento das Nações Unidas, não só quanto à sua existência como quanto ao seu funcionamento. O Tribunal dependia dos Estados para cumprir a sua missão, sobretudo para a detenção dos acusados, recolhimento da prova e seguimento dos processos³⁴⁵.

É justo reconhecer que, apesar das limitações e dificuldades enfrentadas, o Tribunal cumpriu até hoje a parte mais significativa do seu mandato.

³⁴³ RODRIGUES, Almiro, ob. cit. p. 370-371.

³⁴⁴ RODRIGUES, Almiro, ob. cit. p. 368.

³⁴⁵ LESCURE, Karine; TRINTIGNAC, Florence. ob. cit. P.57.

Exemplo disso é que, apesar de o Tribunal não dispor de forças de polícia ou de guarda nacional, diversos Chefes de Estado e Generais se submeteram ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia por atrocidades cometidas de 1992 e 1995³⁴⁶.

Desde que começou a funcionar, em 1993, 80 indivíduos foram indiciados, sendo que desse total atualmente 43 estão sendo processados e dentre os sentenciados, Slobodan Milosevic³⁴⁷, que acumulou os cargos de ex-Presidente da República Federal da Iugoslávia, Supremo Comandante das Forças Armadas e Presidente do Supremo Conselho de Defesa daquele país, bem como Momir Talic, Radovan Karadzic e Ratko Mladic, outros importantes personagens do conflito dos Balcãs.

Além da eficácia dos procedimentos judiciais, o Tribunal elaborou um Regulamento de Procedimento e de Prova como se fosse o primeiro Código de Processo Penal Internacional, desenvolveu o direito internacional humanitário e o direito penal internacional e desenvolveu parâmetros de relacionamento com os Estados e Organizações Internacionais com vistas à condução de processos rápidos e equitativos que serviram como base para o regulamento do Tribunal Penal Internacional Permanente.

Outro tribunal criado foi o Tribunal para Ruanda³⁴⁸. Instituído pelo Conselho de Segurança da ONU para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, violações das Convenções de Genebra praticado por cidadãos ruandenses em território vizinho ou praticado em território ruandês, entre o dia 1º de janeiro e 31 de dezembro do ano de 1994³⁴⁹.

O Tribunal para Ruanda foi instituído com semelhante estrutura interna, competência e processo do Tribunal para ex-Iugoslávia com pequenas alterações no que tange a competência *rationae loci*, *rationae temporis* e *rationae personae* que estão previstas nos arts. 1º e 7º do seu Estatuto.

³⁴⁶ RODRIGUES, Almiro, ob. cit. P. 375.

³⁴⁷ Sentenciado em maio de 2005, morreu na detenção no dia 26 de março de 2006.

³⁴⁸ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, 2003, ob. cit. p. 735-738; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, ob. cit. 2009, pp. 30-32; GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2008, ob. cit. p. 120-130; BRITO, Wladimir, *Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a proteção dos direitos da pessoa humana*. Volume LXXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 81-128; MIGUEL, João Manuel da Silva. *Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as conseqüências da ratificação*. Revista do Ministério Público, nº 86, ano 22º, Abril – Junho 2001, p. 27 e ss; CUNHA, Joaquim Moreira da silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. pp. 485-486; e GARCÍA, Francisco Jiménez, 2003, ob. cit. pp. 382-383. SHRAGA, Daphna, ZACKLIN, Ralph. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*. *European Journal of International Law*, vol. 7, 1999, p. 501-518.

³⁴⁹ BRITO, Wladimir, 2008, p.536.

O art. 5º desse mesmo instrumento dispõe sobre competência *rationae personae*, segundo a qual o Tribunal só poderia julgar pessoas naturais e que fossem cidadãos ruandeses, pois, conforme os arts. 1º e 7º do Estatuto, só podem ser julgados pelo Tribunal pessoas responsáveis por sérias violações de direito humanitário cometidas por cidadãos ruandeses. A competência *rationae temporis* só recai nos crimes cometidos no ano de 1994, ano de criação do Tribunal, e em que houve o grande genocídio em Ruanda - apesar de haver denúncias de que alguns crimes contra a humanidade foram cometidos em anos anteriores.

Já a competência *rationae loci* do Tribunal recai sobre crimes cometidos não só no território de Ruanda, mas também no território de Estados vizinhos. A competência *rationae materiae* recai sobre os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O Tribunal para Ruanda possui quatro órgãos: a Câmara de Julgamentos (Trial Chamber), com competência para julgar, em primeira instância, os acusados perante a Corte, a Câmara de Apelações (Appeals Chamber), o Escritório do Procurador (Office of the Prosecutor), órgão investigativo e acusatório, e a Secretaria (Registry), órgão administrativo.

Inicialmente, tanto a Câmara de Apelações quanto o Procurador eram compartilhados com o Tribunal para ex-Iugoslávia, o primeiro tanto por motivos de economia financeira quanto pela questão da uniformização do Direito Penal Internacional, e o segundo apenas por motivos de economia financeira. A Câmara de Apelações continua sendo compartilhada, mas, devido à Resolução 1512 de 2003 do Conselho de Segurança, o Tribunal para Ruanda passou a ter um Procurador autônomo³⁵⁰.

Em agosto de 2002, pela Resolução 1431, o Conselho de Segurança da ONU resolveu incorporar quatro juízes *ad litem*. Em 2003, o Conselho adotou a Resolução 1512 e aumentou o número de juízes *ad litem* que servem no Tribunal de quatro para nove.

Na Resolução 1855 de 2008, o Conselho de Segurança decidiu que podem ser adicionados juízes *ad litem* a requerimento do Presidente do Tribunal, de forma a complementar os julgamentos existentes ou a conduzir julgamentos adicionais, sendo

³⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. Rules of Procedure and Evidence. Disponível em: <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Evidence/English/050796e.pdf>. Acesso em Janeiro de 2013.

que o número total de juízes *ad litem* indicados pelas Câmaras pode exceder, temporariamente, o máximo de nove, previsto no art. 11, parágrafo 1º, do Estatuto, para um máximo de 12 a qualquer tempo, retornando ao máximo de nove em 31 de dezembro de 2009.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia tem a mesma linguagem do Tribunal Penal Internacional para Ruanda³⁵¹, bem como o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente que suprimiram a imunidade substantiva no caso de crimes contra a paz, a guerra e crimes contra a humanidade. Instituto que serviu como base para desconsiderar as imunidades dos agentes públicos diante do Tribunal Penal Internacional Permanente.

Importante salientar que se trata de imunidade substantiva e não processual que foi muito bem explanada por M. Cherif Bassiouni³⁵²:

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) suprimieron la inmunidad sustantiva para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El Estatuto del TPIY, artículo 7(2), Los estatutos del TPIY y del TPIR, sin embargo, no se refieren al tema de la inmunidad procesal, esto es, si los jefes de Estado o diplomáticos pueden todavía beneficiarse de la inmunidad de procedimiento en tanto que se mantienen en el cargo y, para los últimos, mientras se encuentren acreditados ante un país en el cual prestan servicios. En conformidad con el derecho internacional consuetudinario existente, los jefes de Estado y los diplomáticos pueden todavía alegar inmunidad de procedimiento en oposición al ejercicio de jurisdicción penal nacional. Sin embargo, si son llevados a juicio, ellos no pueden oponer la inmunidad como una defensa sustantiva al crimen imputado si éste es uno de los crímenes mencionados más arriba o si es un crimen respecto del cual un tratado en forma específica no permite dicha defensa (...). Con respecto a los diplomáticos acreditados en un país en el cual prestan servicios, ellos tienen el beneficio de la Convención de Viena en relación con el Derecho de Inmunidad Diplomática, la cual establece a favor de ellos inmunidad de procedimiento pero no sustantiva. Es probablemente por estas razones que los estatutos del TPIY y del TPIR no se refieren a estas materias.”

Os crimes previstos no Estatuto são: a violação grave à Convenção de Genebra de 1949 que reúne um conjunto de crimes que violam a proteção da pessoa no que tange

³⁵¹BASSIOUNI, M. Cherif, 2001, ob. cit. p. 342.

³⁵²BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. Publicado en Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Disponível na versão em língua espanhola *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*. Disponível em http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf. Acesso em 14 maio de 2012.

à assistência médica, segurança, integridade, dignidade e propriedade, praticados durante uma guerra ou de qualquer conflito armado. O rol exemplificativo do artigo 2º indica os crimes de homicídio, tortura, tratamento desumano, destruição massiva de bens privados ou coletivos, apropriação injustificada, imposição de civis e prisioneiros de guerra a servir forças armadas inimigas, transferências forçadas etc³⁵³.

Previu também no artigo 3º a violação das Leis e dos Costumes de Guerra que segundo o Acórdão proferido no caso *Tadic* seriam outras violações que não as previstas na convenção de Genebra, ou seja, o objetivo é afastar qualquer impunidade aos que violem o Direito Internacional Humanitário. Segundo Wladimir Brito, as leis e costumes de guerra integram atos bilaterais ou plurilaterais internacionais de natureza convencional ou de natureza costumeira, atos unilaterais como as declarações ou atos jurisprudenciais, a exemplo de armas venenosas, de destruição, devastação, bombardeamento, pilhagem, saque, entre outros³⁵⁴.

Retomando o consagrado na Convenção das Nações Unidas sobre Genocídio de 1948, o artigo 4º do Estatuto do Tribunal para Ruanda previu o genocídio como qualquer ato cometido com vista a destruir no todo ou em parte grupo nacional, étnico, racial ou religioso por intermédio de homicídios, danos corporais ou mentais aos membros do grupo, ou medidas que impossibilitem a procriação dentro do grupo ou a transferência forçada de crianças para outros grupos.

Crimes contra a humanidade³⁵⁵ presentes no artigo 5º do Estatuto integram um conjunto de atos diferenciados praticados durante o conflito armado quer interna quer internacionalmente contra a população civil. Os atos correspondem a assassinatos, extermínio, escravatura, deportação, aprisionamento, tortura, rapto, perseguição por motivos religiosos, políticos ou raciais e outros atos desumanos, que, segundo a jurisprudência, devem integrar um conjunto amplo ou sistemático de atos diretamente perpetrados contra a população civil, apesar da divergência sobre a necessidade de serem perpetrados em conflitos armados³⁵⁶.

³⁵³ Artigo 2º “*shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between to or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.*”

³⁵⁴ BRITO, Wladimir, 2008, p. 526.

³⁵⁵ Sobre a evolução histórica e o conceito atual de Crimes Contra a Humanidade ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Editora Almedina, 2009

³⁵⁶ Decisão da Câmara de Julgamento no caso *Vukovar* do dia 3 de abril de 1996 e o caso *Tadic* de 2 de outubro de 1995. BRITO, Wladimir, 2008, p. 526

No que tange as sanções e punições, o artigo 24º do Estatuto estabelece que o único tipo de pena admissível e aplicável é a prisão perpétua e a sua efetivação terá por base a prática dos Tribunais Iugoslavos. Serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e poderão ser aplicadas penalidades acessórias como a devolução aos proprietários de bens adquiridos pelo criminoso com a conduta ilícita.

Outro ponto de extrema relevância na construção histórica dos Tribunais Internacionais foi o instituto da Cooperação Internacional e Assistência Judicial. O Tribunal tem autoridade pela via diplomática solicitar cooperação aos Estados e as organizações intergovernamentais por escrito para obter informações, documentos, prisão, extradição e transferência de suspeitos, conforme artigo 29º do Estatuto e dos artigos 54º a 59º do Regulamento Interno.

Os procedimentos de denúncia, defesa, julgamento e demais experiências dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda trouxeram elementos positivos, a despeito das críticas. O legado dessas instituições, segundo Tavernier, diz respeito ao precedente deixado por ambas para fundamentar o então Tribunal Penal Internacional Permanente. A conclusão do autor ressalta exatamente a importância desse papel, resguardadas as imperfeições que fizeram parte de sua instituição³⁵⁷.

Dentre as críticas aos tribunais supracitados, está a ambiguidade que permeou sua criação e atuação. O contexto fático, em cada caso, demandava urgência na tomada de atitudes efetivas, de modo a evitar que o decurso do tempo fizesse com que os procedimentos se tornassem ineficaz. Em razão da premissa da urgência, o apelo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas surgiu como solução e trouxe consigo a adoção de pontos de vista e procedimentos por muitas vezes tidos como ‘unilaterais’.

A despeito dos riscos de transferir dada responsabilidade ao órgão da ONU cuja missão é assegurar e manter a paz, era grande a probabilidade de adotar em suas decisões medidas eminentemente políticas. Entende-se que àquele tempo, a medida era a única forma de assegurar resposta eficaz às violações perpetradas.

A responsabilidade concedida ao Conselho de Segurança fez surgir o questionamento de sua competência para a criação de tais cortes, principalmente sobre o controle das decisões do Conselho por uma jurisdição internacional. Outro ponto levantado diz respeito à elaboração dos estatutos de ambos os tribunais, cujas críticas apontaram para um texto lacunoso e impreciso. Isso ensejou, por exemplo, uma ampla

³⁵⁷ TAVERNIER, Paul. *L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda*. Revue Internationale de la Croix-Rouge, n.832, 1998, p.643-663.

discricionariedade de decisão dos juízes, à época, bem como dúvidas concernentes à obrigação de cooperação dos Estados³⁵⁸.

A rapidez na criação dos tribunais também trouxe problemas no que concerne sua finalidade, dada a natureza política do Conselho de Segurança e de sua capacidade de influir nas decisões, trazendo a questão da manutenção da paz como preferencial em relação ao prevailecimento do direito. Além disso, o fato de também ser o Conselho o responsável por instituir e dissolver os órgãos trouxe a discussão da tomada de decisões por conveniência³⁵⁹.

Tavernier³⁶⁰ qualifica o Conselho como o braço armado dos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Traz com autoridade o embate entre a escolha por negociar acordos de paz e a denúncia aos tribunais, sendo que na opção por aquela, arrisca-se, muitas vezes, a favorecer a impunidade dos responsáveis e a criar obstáculo à eficácia dos tribunais.

Também foi criticado no que diz respeito à competência *ratione temporis*, à insuficiência na estrutura, composto por Procuradores comuns aos Tribunais de Ruanda e da Antiga Iugoslávia, bem como à participação de países que apoiaram o genocídio e à possibilidade de cumprimento de pena dos condenados pelo Tribunal em outros países.

É verdade que em muitos casos julgados pelo Tribunal para a ex-Iugoslávia as prisões realizadas contaram com ampla cooperação internacional, mas considerando a forma com a qual foram realizadas, questiona-se até que ponto os meios foram adequados aos fins propostos. De toda a sorte, sem a cooperação dos Estados, é bem possível que a impunidade permaneça prolongada.

Finalmente, destacam-se questões de mérito como as discussões sobre equidade no processo, a distinção entre conflitos internos e internacionais e o papel do costume no direito internacional humanitário como elementos da construtiva jurisprudência de ambas as cortes. Nessa jurisprudência, enfatiza-se o desaparecimento da barreira que segregava o nacional e o internacional, o que contribuiu para a emergência de um novo costume internacional.

Apesar das falhas apontadas, as experiências contribuíram de forma proveitosa para a instituição do Tribunal Penal Permanente em seara internacional.

³⁵⁸ TAVERNIER, Paul, 1998, p.650.

³⁵⁹ DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín, 2001, p. 43-44.

³⁶⁰ TAVERNIER, Paul, 1998, p.650.

3.4 - Fase da negociação universal: Estatuto de Roma do TPI³⁶¹

O Tribunal Penal Internacional surge como uma nova entidade no plano internacional, com o objetivo de desconstituir as falhas dos tribunais formados anteriormente. Possui sistema institucional singular com personalidade jurídica internacional, estabelecido pelo Estatuto de Roma, vinculado às Nações Unidas e composto por órgãos de natureza política e jurisdicional.

Além das tentativas de criação de uma jurisdição penal internacional e de codificação penal internacional já mencionada, a Comissão de Direito Internacional (CDI) criada pela Assembleia Geral da ONU em 1948 desempenhou papel principal nas iniciativas para criar uma jurisdição penal internacional de caráter geral e para a promoção do desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação, nomeadamente no âmbito do direito internacional penal.

As iniciativas começaram no final de 1948, quando a Assembleia Geral solicitou à CDI a possibilidade de criação de um órgão judicial internacional para julgar as pessoas acusadas de genocídio e outros crimes que fossem da competência desse órgão e de uma Sala Penal na Corte Internacional de Justiça. No período de 1949 a 1950 a CDI entendeu pela criação de um órgão judicial, mas não pela modificação no Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁶².

Por intermédio da Resolução nº 489, de dezembro de 1950, a Assembleia Geral requereu à Comissão a elaboração de um projeto de Estatuto para uma Corte Penal Internacional em 1951. A CDI desde 1993 discutia a terminologia mais apropriada para a instituição encarregada de exercer sua jurisdição sobre pessoas que cometeram crimes mais graves de transcendência internacional. Dessa forma, indagava-se pela terminologia Corte Internacional Penal ou Tribunal Penal Internacional. Segundo Pellet, Crawford, Barboza e Saram a terminologia Corte representava prestígio na ordem internacional, em referência a Corte Internacional de Justiça, bem como a palavra Tribunal indicava os precedentes do Tribunal de Nuremberg e dos Tribunais para Ruanda e ex- Iugoslávia, de caráter temporário³⁶³. Contudo, entende-se que a polêmica carece de relevância jurídica, visto que a terminologia utilizada neste trabalho será Tribunal Penal Internacional, sem nenhum intuito de induzir sua temporariedade.

³⁶² DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín, 2001, p. 44-45.

³⁶³ DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín, 2001, p.96.

Porém, depois de muitas tentativas³⁶⁴, o Grupo de Trabalho instituído pela Resolução 48/31 de 1993 da CDI apresentou um texto completo de um Projeto do Estatuto que foi aprovado em 1994 com a recomendação da Assembleia Geral para convocação de uma conferência internacional dos plenipotenciários para exame e adoção.

No projeto de 1994 foi contemplada a possibilidade da criação do Tribunal Internacional por intermédio de uma Resolução da Assembleia Geral que criasse um órgão subsidiário - artigo 22 da Carta das Nações Unidas - ou por intermédio de uma modificação à Carta para que de forma específica instituísse um Tribunal com aspectos similares à Corte Internacional de Justiça. Por fim, dentre as soluções: uma resolução do Conselho de Segurança para a criação de um órgão subsidiário ou a criação do TPI por intermédio de um Estatuto, incorporado a um tratado multilateral³⁶⁵.

A possibilidade de criação por meio de uma resolução da Assembleia Geral refletia o apoio e a vontade da comunidade internacional em conjunto, porém o seu funcionamento poderia ser reduzido por ter somente caráter recomendatório. Se sua criação fosse por meio da alteração à Carta das Nações Unidas, os membros do Tribunal seriam os membros permanentes do Conselho de Segurança, conseqüentemente a manifestação e o voto deveriam ser unânimes, uma opção politicamente muito difícil para um Tribunal Penal Internacional.

Caso fosse instituído por resolução do Conselho de Segurança, vislumbrou-se que todos os casos estariam sempre atrelados à situação de ameaça à paz e à segurança internacionais com as conseqüentes limitações temporais, espaciais e pessoais à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que não são compatíveis com a instituição que se pretendia de caráter permanente e geral³⁶⁶.

Após estudar diferentes possibilidades de criação de uma jurisdição penal internacional, a Comissão de Direito Internacional concluiu que o único mecanismo capaz de sancionar os crimes internacionais cometidos por indivíduos que assegurasse mínimas garantias processuais aos culpados era o estabelecimento de uma corte penal de caráter permanente e independente por intermédio de um tratado multilateral.

³⁶⁴ Resolução nº 44/39 de 1989, Grupo de Trabalho de 1990, Resolução nº 47/33 de 1992, Grupo de Trabalho de 1993 instituído pela Resolução 48/31 do mesmo ano que elaborou um Projeto completo em 1994.

³⁶⁵ *Recommendations by the Netherlands Advisory Committee on Public International Law Concerning the International Law Commission's Report on Draft Statute for a Permanent International Criminal Court*. Netherlands International Law Review, 1995, p. 227.

³⁶⁶ PALCHETTI, Paolo. *Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire Tribunali Penali Internazionali*. Rivista de Diritto Internazionale, 1996, p. 432-435.

Segundo Escobar Hernández, a criação por intermédio de tratado multilateral traz uma série de vantagens, tais como a segurança na definição e aceitação das obrigações assumidas pelos Estados, a delimitação precisa do âmbito de sua competência, evitando possíveis conflitos de competência, concedendo legitimidade social, essenciais para a operabilidade do Tribunal³⁶⁷.

Assim, a Assembleia Geral, tomando como referência o projeto de 1994, criou um Comitê Especial sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional pela Resolução nº 45/53 de 1994 e posteriormente Resolução nº 50/46 de 1995.

O trabalho desempenhado pelo Comitê preparatório serviu para materializar os esforços finais destinados para a criação de uma jurisdição penal internacional, por meio de sucessivas sessões de trabalho, compilação e organização das propostas dos Estados até chegar ao projeto da CDI de 1994.

A partir da Resolução nº 52/160 de 1997, a Assembleia Geral aceitou o oferecimento do governo da Itália para a celebração da Conferência diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o estabelecimento de uma Corte Internacional Penal e se decidiu que a conferência se celebraria em Roma do dia 15 de junho ao dia 17 de julho de 1998. O Comitê preparatório criado pela Resolução nº 50/46 de 1995 estava encarregado de redigir um projeto de texto consolidado que pudesse ser apresentado à Conferência.

No dia 15 de junho de 1998 subsistiram diversas discussões acerca do conteúdo do futuro Estatuto e dos aspectos procedimentais da conferência, porém após três semanas de intenso trabalho, foi aprovado o Estatuto de uma Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, sete contra e 21 abstenções. O apoio incondicional da sociedade civil por meio de associações científicas e organizações não governamentais foi muito importante diante da reticência dos Estados³⁶⁸. Dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, Holanda foi aprovado por 120 Estados contra sete votos

³⁶⁷ HERNÁNDEZ, Véase C. Escobar. *La Corte Penal Internacional* in M. García Arán y D. López Garrido, *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 227-236.

³⁶⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 370-373. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of International Criminal Court a Commentary*. Vol. I, Oxford University Press, New York, 2002, p.53-59. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2003, p.340-347. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 61-65.

contrários de China, Estados Unidos³⁶⁹, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar, e 20 abstenções³⁷⁰.

Conforme afirma William Schabas, o Tribunal Penal Internacional foi instituído no artigo 25º e parágrafos e art. 28º do Estatuto de Roma para punir os indivíduos, sob o fundamento de que era mais viável na hipótese de restituição e compensação das vítimas³⁷¹. Assim, esse desenvolvimento do direito internacional dá-se com o aparecimento de tipos penais internacionais. O Direito Internacional Penal é fruto da necessidade de aplicação internacional das regras penais e a existência de aspectos penais nas normas internacionais, o que levou a internacionalização da prevenção e repressão aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é um tratado internacional com 128 artigos divididos em treze partes. Segundo Yáñez Barneuvo, chefe da delegação espanhola na Conferência de Roma, o estatuto agrupa matéria de diferentes leis, um código penal, uma lei orgânica judicial, regras de acusação e uma lei de cooperação judicial penal para os crimes mais graves de transcendência internacional³⁷².

Havia necessidade de utilizar princípios e regras próprias de direito internacional e de interno, enfoques e técnicas provenientes de diversas tradições jurídicas, como o direito continental e o anglo-saxão.

Em setembro de 2002, conforme previsto no artigo 21º do Estatuto de Roma foi aprovado o Regulamento Processual (*Rules of Procedure and Evidence*) e os Elementos Constitutivos do Crime (*Elements of Crimes*), integrantes do arcabouço normativo do Tribunal Penal Internacional. O Regimento do Tribunal (*Regulations of the Court*) foi

³⁶⁹ Importante ressaltar que em 6 de maio de 2002 os Estados Unidos e Israel, em 28 de agosto do mesmo ano, notificaram formalmente o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham intenção de se tornarem partes no respectivo tratado. Ademais, os Estados Unidos vêm pretendendo realizar acordos bilaterais com os demais Estados – Partes do TPI com a finalidade de excluir os seus nacionais da jurisdição do Tribunal. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição revisada e atualizada. Coleção Direito e Ciências afins volume 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 493. Nesse sentido questiona Vital Moreira: “se os Estados Unidos ratificarem o TPI e acordarem aos norteamericanos esse privilégio, com que legitimidade é que julgarão ou enviarão para Haia cidadãos de outras nacionalidades argüidos desses crimes (incluindo os seus próprios nacionais)” MOREIRA, Vital. *Atribuições do Tribunal Penal Internacional*, in Revista Público, 1º de Outubro de 2002.

³⁷⁰CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2003, p.343. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 38.

³⁷¹FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. São Paulo, Editora Renovar, 2006, pp. 173–174.

³⁷² DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín, 2001, p. 52.

redigido pelos juízes do Tribunal, sob a coordenação de Claus Kreb, que entrou em vigor em novembro de 2004.

Pela primeira vez surge uma jurisdição penal permanente com dimensão constitucional, enquanto instrumento de Direito Internacional Público que funda órgãos com poderes judiciários. Isto porque não funciona com intermitência e integra uma estrutura duradoura que está ativa, independentemente das violações ao Direito Internacional³⁷³. Goza de dimensão orgânico-institucional e de dimensão material ou substantiva, pois dispõe de normas que definem pressupostos de punição, definição de crime e de penas. Dimensão processual, em que se reúnem normas de processo penal, a dimensão executiva, no que se refere à execução de penas e, por fim, a dimensão de cooperação dos Estados com o Tribunal³⁷⁴. Por fim, é uma justiça independente porque sua criação repousa no acordo de vontades da generalidade dos Estados, sob os ditames da ONU, não sendo o fruto de uma vontade restrita³⁷⁵.

O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de fevereiro de 2000, o Congresso Nacional o aprovou em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo 112 de 26 de setembro de 2002, e promulgado por meio do Decreto Presidencial nº 4.388. Depositado em 20 de junho de 2002, o Estatuto passou a vigorar em 1º de setembro de 2002. E, a partir da Emenda Constitucional nº45/2004, foi acrescentado o § 4º ao artigo 5º da Constituição da República, que prevê expressamente a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, integrando-se ao direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional, passando a ampliar sobremaneira o “bloco de constitucionalidade” da nossa Carta Magna³⁷⁶.

No Brasil, a maioria da doutrina entende que o Estatuto de Roma tem natureza de tratado de direitos humanos, visto que o artigo 8º do estatuto estabelece crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão, remetendo a várias violações de direitos humanos relacionados ao Direito Internacional Humanitário³⁷⁷. Nesse sentido, a partir do artigo 5º, § 3º, da CRB que estabelece que os tratados e

³⁷³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Internacional Público: Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, 3ª edição, atualizada, ampliada, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 690.

³⁷⁴ CAEIRO, Pedro. *Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*. *Separa Direito e Cidadania*, nº 18, ano V, Setembro a Dezembro, 2003, pp. 41-43.

³⁷⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 690.

³⁷⁶ CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 41

³⁷⁷ OSUNA, Ana Salado. *El Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional y los derechos humanos*. In SALSEDO, Juan Antonio Carrillo. *La criminalización de la barbárie: La Corte Penal Internacional Consejo General Del Poder Judicial*, Madrid, 2000, pp. 269-300.

convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, como é o caso do Estatuto de Roma, com natureza de emenda constitucional.

Em Portugal, foi aprovado para ratificação pela Resolução do AR nº 3/2002, de 18 de janeiro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº2/2002, de 18 de janeiro. No intuito de não proporcionar contradições do texto do Estatuto de Roma, instituído pelo regime de recepção automática plena³⁷⁸, o legislador procedeu à revisão constitucional aprovada pela LC nº 1/2001 de 12 de dezembro³⁷⁹. Assim, o nº 7, artigo 7º da Constituição da República Portuguesa aceitou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementariedade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma, tendo por objetivo uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos³⁸⁰.

Os artigos 5º a 8º do Estatuto dispõe sobre a definição dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional. São crimes mais graves e são motivo de preocupação para a comunidade internacional como um todo. Essa é uma definição abrangente, que aborda, de uma perspectiva genuinamente universal, as violações graves das Convenções de Genebra e as leis e costumes da guerra em geral, considerados normas *jus cogens*. Essas infrações violam normas legais e éticas e os princípios da comunidade internacional e a manutenção de uma Ordem Pública Internacional³⁸¹.

O Estatuto de Roma adotou quatro categorias: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. A maioria dos Estados compartilhava da visão de instalar um tribunal penal apenas para julgar casos individuais de crimes contra humanidade e de guerra, sem incluir a beligerância em larga escala. Fato que seria discrepante, pois a maior parte dos abusos surge durante os

³⁷⁸ A partir do nº 2 do artigo 8º da Constituição Portuguesa estabelece um regime de recepção automática plena, afastando a necessidade de observância de regras ou formas constitucionais específicas de vinculação do Estado português ao direito internacional. Sobre o assunto QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 125; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 254-255.

³⁷⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina, 2008.p. 432.

³⁸⁰ QUEIROZ, Cristina, 2009, ob. cit. p. 123.

³⁸¹ GREPPI, Edoardo, ob. cit. p. 544.

conflitos armados e era necessário reprimir deflagração de conflitos apoiados no seu direito à soberania.

Como já mencionado, o primeiro evento para individualizar a responsabilidade por crime de agressão foi dado com a inserção do artigo 227 no Tratado de Versalhes na tentativa de punir o ex-Kaiser Imperador Guilherme II em face da “suprema agressão contra a moralidade internacional e tratados sancionados”. Porém, foi nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio que as responsabilidades individuais foram verdadeiramente atuadas e punidas com crimes contra a paz, talvez um embrião para os crimes de agressão³⁸².

O problema da existência ou não do crime de agressão como um "crime contra a paz", conforme definido na Carta de Nuremberg, ou como um "crime contra a paz e a segurança", conforme definido no Projeto Código elaborado pela Comissão de Direito Internacional estava sem resolução e a sua definição ficaria suspensa, conforme o artigo 5.2 do Estatuto de Roma.

Inicialmente, a Comissão de Direito Internacional previu, com base no artigo 6º da Carta de Nuremberg que os crimes contra a paz incluiria: o planejamento, a preparação, ou iniciar ou insuflar guerra de agressão ou guerra com violação aos tratados, acordos e garantias internacionais. Posteriormente, vários foram os esforços da CDI em criar um Código, até que em 1974 a Resolução de número 3314 trouxe a definição do crime de agressão que não foi bem preparada para a aplicação na persecução criminal. Nos Tribunais *ad hoc* para ex-Iugoslávia não possuíram competência para o julgamento dos crimes de agressão³⁸³.

Para o estabelecimento do crime de agressão era necessário balizar as condições para o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme arts. 121 e 123 do Estatuto. O Brasil era favorável à adoção de uma definição para o crime de agressão, que preservasse adequadamente a independência do TPI. Após mais de uma década, em 2010, na Conferência de Campala houve consenso sobre o crime, como também as condições para o exercício da jurisdição³⁸⁴.

³⁸² SUNGA, Lyal S. *A Competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma*. CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p.195-198.

³⁸³ SUNGA, Lyal S. *A Competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma*. CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p.197.

³⁸⁴ CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Ministério das Relações exteriores. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2012.

Na oportunidade, o crime foi definido como o planejamento, a preparação, o início ou a execução, por pessoa em posição efetiva para exercer controle ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

Quanto às condições para o exercício da jurisdição, a questão era: o crime de agressão era apenas de iniciativa do CSNU ou poderia ser de iniciativa do Tribunal? Os membros permanentes do Conselho, por um lado, consideravam imprescindível o aval prévio do CSNU a fim de permitir a atuação do Tribunal em um caso de agressão, pois entendia que somente poderia haver responsabilização penal de indivíduos em decorrência da caracterização da agressão no plano estatal, tarefa que recairia preferencialmente sobre o CSNU. Por outro lado, na visão da maioria dos países, a obrigatoriedade de filtro prévio do Conselho de Segurança era incompatível com a independência do Tribunal. Sustentava-se, ademais, que o CSNU, no exercício de sua responsabilidade “primária” pela paz e segurança, porém não “exclusiva”, raramente havia se pronunciado a respeito da ocorrência de ato de agressão.

A controvérsia perdurou por vários anos até que fosse possível estabelecer as bases para a construção do consenso de Campala. Em linhas gerais, com o resultado da Conferência de Revisão, os interesses fundamentais dos países que se preocupam com a independência do TPI foram resguardados. Aprovou-se que as condições de jurisdição para o crime somente poderia ser ativada com nova decisão dos Estados partes, a ser tomada a partir de janeiro de 2017³⁸⁵.

Importante mencionar que o TPI pode ser acionado para um caso de agressão não somente pelo CSNU, como também por um Estado membro ou pela promotoria.

O artigo 6º do Estatuto de Roma confirma, com as mesmas palavras, as disposições da Convenção de Genocídio de 1948 e representa mais um passo para a codificação de princípios e regras aceitas pela comunidade internacional. Também

³⁸⁵ CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Ministério das Relações exteriores. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2012. Durante o encontro, diversas propostas foram discutidas. A que ganhou mais força e se tornou a resolução acordada é a que prevê o aval do Conselho de Segurança da ONU para que o TPI inicie as investigações de um suspeito de crime de agressão. Se a organização se calar, o aval é considerado automaticamente dado. No entanto, o conselho pode vetar qualquer investigação por crime de agressão que não achar adequada. Os Estados-partes do TPI que não quiserem submeter casos de agressão à corte internacional precisam apenas declarar essa vontade e ficam imunes à jurisdição do tribunal. Estados não signatários ou que não ratificaram o tratado, como Estados Unidos, China e Rússia, estão imunes em casos de crime de agressão. A resolução, no entanto, não saiu do papel por pelo menos sete anos. O acordo entre os países prevê que ela só entre em vigor depois de ser formalmente aprovada numa próxima conferência de revisão, em 2017. Só aí ela se tornará uma emenda ao Estatuto. PINHEIRO, Aline. Revista Consultor Jurídico de 12 de junho de 2010.

previsto nos artigos 4º e 2º dos Estatutos de Ruanda e antiga Iugoslávia determina que o crime de genocídio seja qualquer dos atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, uma nação, uma etnia, raça ou grupo religioso, tais como: matar membros do grupo, causar prejuízo à saúde física ou mental, afligir condições de vida do grupo, visando causar sua destruição total ou parcial, impor medidas para evitar nascimentos e realizar transferências forçadas de um grupo para outro³⁸⁶.

É com os artigos 7º e 8º que uma grande evolução tem ocorrido em relação aos crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Aqui, as modalidades têm substituído os artigo 6º da Carta de Nuremberg e suas formulações sucessivas³⁸⁷.

Outro aspecto importante do Estatuto de Roma é o artigo 11º que determina a jurisdição *ratione temporis* da Corte, pois apenas abarca crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto. O artigo 126 determina que seja exercida a jurisdição sobre atos praticados no primeiro dia após o 60º dia seguinte ao depósito do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação, ou acessão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, em virtude da proibição da não retroatividade prevista no artigo 24 do instrumento. Caso o Estado venha a aderir à jurisdição do Tribunal quando o Estatuto já estiver em vigor, o Estado signatário poderá expressamente concordar com o exercício da jurisdição da Corte, mediante declaração depositada junto ao Secretário da ONU, consentir que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceitado a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção³⁸⁸.

Verifica-se certa incoerência nesses dispositivos, pois se o artigo 29 do Estatuto estabelece que os crimes previstos sejam imprescritíveis, em virtude da sua relevância e gravidade internacionais, por outro lado o próprio documento estabelece o lapso temporal para a persecução criminal. Os crimes cometidos fora do território de competência do TPI, antes da entrada em vigor do Estatuto ou da sua ratificação por determinado Estado seriam excluídos da responsabilidade internacional penal, ainda que seus efeitos se protraíssem no tempo, como por exemplo, desaparecimento forçado de pessoas que ainda não foram encontradas e os familiares clamam por justiça.

³⁸⁶ SUNGA, Lyal S. *A Competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p.198-199.

³⁸⁷ GREPPI, Edoardo, ob. cit. p. 545.

³⁸⁸ ONU A/CONF. 183/9, 17 July 1998.

Realizando análise comparativa com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o entendimento da doutrina internacional conclui-se que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como, as disposições acerca da anistia aos Estados infratores, as normas de prescrição para violações internacionais ou crimes e outras excludentes de punibilidade – imunidades - devem impedir que um Estado cumpra sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade ou encaminhar o caso para uma Corte Internacional – de acordo com o propósito desta tese se incluiria a responsabilização individual do agente público perante o Tribunal Penal Internacional - por serem crimes insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido por gerações de toda humanidade. A decisão no Caso Guerrilha do Araguaia dispõe:

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia³⁸⁹.

Nessa linha, o Comitê estabelecido pela Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, confrontado com as leis internas restringindo a persecução penal ou mesmo extinguindo a punibilidade de certas violações de direitos humanos, decidiu que a Convenção, quando abordou a proteção contra a tortura, incluiu a necessidade de investigação e punição, concluindo que os Estados devem evitar leis de anistia a atos de tortura, pois violam o dever de investigar e punir³⁹⁰.

Importante mencionar que a Assembleia Geral da ONU adotou em 26 de novembro de 1968 a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade que consolidou o entendimento de que a convenção deverá ser aplicada pelo Estado, independentemente de ratificação, pois a imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito

³⁸⁹ Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil de 24 de novembro de 2010. Nesse sentido, a Declaração Final e Programa de Ação da Conferência da ONU sobre Direitos Humanos ocorrida em Viena em 1993, que os Estados têm o dever de investigar alegações de desaparecimentos forçados e ainda de processar criminalmente os responsáveis por violações de direitos humanos, devendo ser revogada qualquer legislação interna que dificulte tal tarefa. Art. 60 da Declaração.

³⁹⁰ Nesse sentido, a Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial e o caso Velasquez-Rodriguez na Corte Interamericana de Direitos Humanos. RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p.257.

Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido. Bem como, em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra. Esses instrumentos supranacionais reconhecem aquilo que o costume internacional já determinava. Dito de outro modo, a importância na persecução e na punição desses crimes ultrapassa as limitações de tempo, de local, de poder político e de ratificação formal de documentos internacionais³⁹¹.

Não se pode determinar competência temporal para o TPI processar e julgar os crimes previstos no Estatuto de Roma e no mesmo documento estabelecer que esses crimes sejam imprescritíveis, pois seria uma forma de inserir critérios para a persecução de crimes de grande relevância que já foram considerados como crimes de lesa-humanidade que transcendem a preocupação apenas das Cortes domésticas.

São largas as fronteiras entre os sub-ramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações dessas disciplinas que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade. Roberto Caldas explicita a necessidade de ultrapassar o positivismo exacerbado para acabar com a impunidade no Brasil – incluiria a comunidade internacional - e de que os mecanismos judiciais devem agir de “forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas”³⁹².

Outro ponto criticável está previsto no artigo 124º em que, não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que

³⁹¹ Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968. Adotada pela Resolução 2391 da Assembleia Geral em 26 de novembro de 1968. Entrada em vigor: 11 de novembro de 1970. O Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas no período da Guerrilha do Araguaia. A falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu a Corte Interamericana, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação.

³⁹² Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil de 24 de novembro de 2010.

um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. Apesar de a declaração formulada ao abrigo deste artigo poder ser retirada a qualquer momento.

Dispositivo incompatível com as normas de imprescritibilidade dos crimes internacionais e que, por vezes, pode configurar impunidade³⁹³.

O Tribunal exercerá a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes especificados no Estatuto, quando um Estado-Parte³⁹⁴ denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes ou o Conselho de Segurança, agindo nos termos da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes. Também, o Procurador pode dar início a um inquérito sobre tal crime.

Ainda sobre a jurisdição do Tribunal, três propostas foram realizadas: a solução *opt-in/opt-out*³⁹⁵ elaborada pela Comissão de Direito Internacional; a proposta francesa baseada no regime de consentimento e a alemã que previa a jurisdição automática. A primeira, baseada nas regras do artigo 36 do Estatuto da CIJ permite ao Estado não aceitar a jurisdição da Corte, ainda que tenha ratificado o Estatuto.

A segunda proposta se fundamentava no regime de consentimento estatal, em que era imprescindível a aceitação do Estado em cada caso apresentado ao TPI, o que representaria a paralisação do Tribunal, em virtude da discricionariedade de cada Estado. A proposta mais aceitável era a da jurisdição automática que definia “o Estado que se torna parte deste Estatuto, aceita como inerente a jurisdição da Corte para os crimes referidos no Estatuto”, que foi aceita, sendo apenas retirada a palavra “inerente”. Essa proposta baseava-se no princípio da jurisdição universal, pois os crimes de competência do TPI são puníveis em qualquer local³⁹⁶.

³⁹³ A/CONF.183/C.1/L.76 com Add. 1-14, 16 July 1998. SUNGA, Lyal S. *A Competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 224.

³⁹⁴ Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha. Artigo 14 do Estatuto de Roma.

³⁹⁵ A respeito do regime de transição, foram amplamente discutidas nos encontros da Conferência em Roma, em especial pelos EUA que fizeram circular uma proposta para ampliar a cláusula *opt-out* para incluir os crimes contra humanidade e ampliar o período de sete anos. Lamentavelmente, outras delegações também propuseram cláusula limitadora para adequar seus interesses às questões militares.

³⁹⁶ KAUL, Hans-Peter. *Tribunal Penal Internacional*. Org. Fauzi Choukr e Kai Ambos. Ed. RT. São Paulo, 2000, p. 115.

Ocorre que a posição final foi pela jurisdição automática, porém com critérios de territorialidade, nacionalidade e a possibilidade de excluir a jurisdição por sete anos. Ou seja, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição somente se o Estado for parte no presente Estatuto ou aceitou a competência do Tribunal quando em seu território tenha tido lugar a conduta em causa, ou se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave³⁹⁷ ou se a pessoa a quem é imputado um crime seja nacional desse Estado³⁹⁸.

Enquanto o Estado for signatário e em seu território tiver ocorrido o crime ou sendo um nacional que tenha cometido o crime em outro território haverá quatro opções: a obrigação de o ente realizar a entrega ao Tribunal Penal Internacional ou responsabilizar o seu nacional perante as Cortes internas ou responsabilizar internamente o estrangeiro por crime cometido em seu território ou extraditar o estrangeiro que tenha praticado o crime em território estrangeiro para outro Estado. Obviamente, esta jurisdição interna – seja no Estado parte ou no Estado requerente da extradição - será aceita se for eficiente e eficaz no processo de persecução e punição por crimes internacionais.

Porém, há um primeiro entrave na consolidação da responsabilização internacional penal quando os crimes ocorrerem em território de Estado não signatário ou quando o indivíduo responsável pelo crime é nacional de um Estado que não ratificou o Estatuto e não será submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A única exceção ocorre quando o Conselho de Segurança da ONU remete ao Tribunal situações ocorridas em territórios de quaisquer Estados, sejam parte ou não, porém o

³⁹⁷ Em 5 de julho de 2013, a Presidência do Tribunal Penal Internacional (TPI) tinha atribuído "a situação em embarcações registradas da União das Comores, a República Helénica e o Reino do Camboja" para Juízo de instrução. Em 14 de maio de 2013, o Procurador do TPI recebeu uma indicação por parte da União das Comores para investigar o ataque israelense à flotilha de ajuda humanitária com destino à Faixa de Gaza. Refere-se a sete embarcações que foram supostamente atacadas, e solicita ao Ministério Público que investigue o caso, especificamente, sobre "um dos navios de passageiros da flotilha de ajuda humanitária com destino a Gaza no dia 31 de maio de 2010, em que nove vítimas foram mortas a bordo e mais de dezenas ficaram gravemente feridas, em consequência dos ataques das Forças de Defesa de Israel em águas internacionais". De acordo com a referência, esse navio estava dentro da jurisdição territorial das Comores, enquanto duas das outras embarcações supostamente submetidas a ataques estavam dentro da jurisdição territorial da Grécia e do Camboja, respectivamente. O encaminhamento também faz referência ao artigo 12 (2) (a) do Estatuto de Roma, que permite que o TPI exerça sua jurisdição sobre os crimes cometidos a bordo de um navio, se o Estado de matrícula do navio é um dos Estados Partes no TPI. Comores, Grécia e Camboja são todos Estados Partes no Estatuto de Roma. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

³⁹⁸ Artigos 12, 13 e 14 do Estatuto de Roma.

Estado de nacionalidade do criminoso poderá requerer que este seja processado e julgado pela jurisdição doméstica³⁹⁹.

O segundo entrave ocorre quando o Estado não signatário que verifique que o crime ocorreu em território que se submete ao Tribunal Penal Internacional requerer a extradição de um suspeito para a sua jurisdição doméstica. Caso o indivíduo fosse transferido, inviabilizaria a responsabilização individual penal pelo TPI.

Ainda que o Estado requerente seja parte do Estatuto ou o Estado onde ocorreram os crimes ou de onde o criminoso é nacional seja também signatário, pode-se entender que, em virtude da natureza complementar do TPI, este se torna impotente diante das Cortes Internas dos Estados que demonstrem ou apenas afirmam investigar e julgar os casos de forma diligente e de boa-fé.

Diante dessas questões, muitos Estados não aceitam a jurisdição do Tribunal em virtude do princípio da soberania e a utilizam como escudo⁴⁰⁰ de defesa de suas práticas contrárias ao reconhecimento e efetivação dos direitos humanos⁴⁰¹ no plano interno. O principal argumento refere-se à interferência na soberania do país, principalmente a intervenção nos poderes legislativo, executivo e judiciário por um órgão supranacional.

Em 26 de fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu, por unanimidade, remeter a situação na Líbia desde 15 de fevereiro de 2011 ao Procurador do TPI. Em 3 de Março de 2011, o Procurador do TPI anunciou sua decisão de abrir uma investigação, designada pela Presidência para Juízo. Em 27 de junho de

³⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Código Internacional de Direitos Humanos Anotado*. Ed. DPJ, São Paulo, 2008, p. 1046.

⁴⁰⁰ Os EUA não ratificaram o Estatuto e ainda realizaram uma campanha mundial para enfraquecer o TPI e para obter impunidade ao sistema de justiça internacional para os cidadãos dos EUA acusados de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Esses acordos violam o Estatuto de Roma e demais lei internacional, procurando garantir impunidade ao sistema de justiça internacional para os perpetradores dos piores crimes praticados no mundo. O arcebispo sul-africano Desmond Tutu defendeu em 2012 que o antigo Primeiro-Ministro britânico Tony Blair e o antigo Presidente dos Estados Unidos George W. Bush deveriam enfrentar o TPI pelo papel que tiveram na guerra do Iraque. Para Desmond Tutu, os mortos durante e após o conflito no Iraque são suficientes para levar Blair e Bush ao tribunal de Haia.

⁴⁰¹ Para o estudo sobre Direitos Humanos e de sua evolução histórica, RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Editora Saraiva: São Paulo, 2012; PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: Dpj Editora, 2008; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª edição revisada, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2ª Edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004, que afirma “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.”

2011, o Juízo de Instrução I emitiu três mandados de prisão para Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Khadafi e Abdullah Al-Senussi por crimes contra a humanidade alegadamente cometidos em toda a Líbia a partir de 15 de fevereiro até pelo menos 28 do mesmo mês de 2011, por meio do aparelho de Estado e de Forças de Segurança.

Em 22 de novembro de 2011, o Juízo de Instrução I terminou formalmente o caso contra Muammar Gaddafi, devido à sua morte. Os outros dois suspeitos ainda não estão sob a custódia do Tribunal. Em 31 de maio de 2013, o Juízo de Instrução I rejeitou defesa da Líbia para a admissibilidade do caso contra Saif Al Islam Gaddafi e lembrou a Líbia de sua obrigação de entregar o suspeito ao Tribunal. Em 11 de outubro de 2013, o Juízo de Instrução I decidiu que o caso contra Abdullah Al- Senussi é inadmissível perante o TPI, pois estava atualmente sujeito a processos internos realizados pelas autoridades competentes da Líbia e que a Líbia estaria disposta e capaz verdadeiramente de realizar tal investigação. O Procurador e a Defesa recorreram dessa decisão, fatos que dificultam a celeridade processual na persecução desses crimes⁴⁰².

Defende-se que o conceito de soberania absoluta ficou enfraquecido diante do primado da Humanização do Direito Internacional para a proteção dos indivíduos contra crimes internacionais, independentemente de nacionalidade, raça, sexo, cor e origem, a exclusão dos critérios de competência - em razão da pessoa, em razão do território ou em razão do tempo – para proteção de toda a humanidade.

Julga-se, portanto, que a humanização e o entendimento de que a prevenção/repressão aos crimes internacionais são normas *jus cogens* que protegem interesses coletivizados que ensejam obrigações *erga omnes* mediatas a todos os Estados, ou seja, defende-se a jurisdição universal do TPI, independentemente de ratificação dos Estados.

Humanização do Direito Internacional e crimes internacionais como norma *jus cogens* são fundamentos para a aplicabilidade das normas com o objetivo de elevar a condição do ser humano em cada nação, de modo que a proteção seja considerada imprescindível e irrenunciável por todos os Estados⁴⁰³.

⁴⁰² International Criminal Court. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em 15 de Janeiro de 2014.

⁴⁰³ ANNONI, Danielle e FREITAS, Márcia Marcondes Diniz de. *Direitos Humanos e os Tratados Internacionais: A Declaração Universal das Nações Unidas Hoje*. In Estudos de Direito Internacional, Volume XII, Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, São Paulo, Editora Juruá, 2008, p. 268.

Segundo o artigo 1º, o Estatuto é regido pelo princípio da complementaridade, ou seja, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional será aplicada de maneira subsidiária em relação às jurisdições nacionais de seus Estados Partes. Fato que inexistia nos tribunais internacionais *ad hoc* - tribunais concorrentes com as jurisdições estatais e possuem prevalência sobre os tribunais nacionais. Priorizar a jurisdição doméstica para estes crimes internacionais pode inviabilizar a função do TPI: responsabilidade internacional penal⁴⁰⁴.

Portanto, dois pontos que merecem destaque. Primeiro, o Estado que não ratifica o Estatuto não aceita interferência do TPI, mesmo que se trate de crimes de grande relevância internacional – *jus cogens* -, visto que possui competência *ratione loci* e *ratione personae* para processar e julgar os seus nacionais. Segundo, o Estado signatário, mesmo com sua estrutura jurídico-política fragilizada, traz a competência para si, visto que o TPI é subsidiário. Ambos esvaziam o objetivo do Tribunal Penal Internacional.

Os dois Tribunais para Ex-Iugoslávia e Ruanda tiveram campos geográficos e de nacionalidade de ação estritamente limitados desde o início, conforme artigo 7º do TPII e 8º do TPII. Contudo, no Tribunal de Nuremberg e no de Tóquio a delimitação da competência territorial não foi especificada em um artigo, pois foi criado para julgar os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo e o outro para os criminosos de guerra do Extremo Oriente⁴⁰⁵.

Não se defende o retorno dos tribunais *ad hoc*, mas sim a ausência de mecanismos que inviabilizem a responsabilização internacional penal, como os critérios de competência, em razão do território, do tempo e da pessoa. O critério que deve permanecer é o em razão da matéria: crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma.

A delimitação de espaço e/ou nacionalidade se justificava nos tribunais *ad hoc*, em virtude de serem tribunais criados para processar e julgar fatos já ocorridos. Subtraíram a competência das Cortes internas para poder sanar a ausência de vontade da persecução criminal dos indivíduos integrantes do alto escalão estatal e em razão da relevância dos crimes em questão. O que não se deveria aplicar ao Tribunal Penal Internacional Permanente, pois seu campo é universal, a partir do momento em que o

⁴⁰⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp. 42-43.

⁴⁰⁵ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. 87.

ato em causa é coberto por uma das incriminações que dão a ele competência material, deve-se haver a instrução processual e a punição.

Restringir a aplicação do Estatuto e da jurisdição do TPI apenas aos Estados que o assinaram e o ratificaram de acordo com o seu campo territorial e/ou nacional é exterminar a função precípua da repressão e punição dos crimes de repercussão universal – crimes de lesa-humanidade.

No que tange aos Estados signatários, o princípio da complementaridade do Tribunal Penal Internacional é acertadamente criticado por muitos doutrinadores, a exemplo de Zlata Drnas de Clément para quem “tal complementariedad no resulta coherente con la naturaleza del derecho penal internacional (I) ni con la percepción jurídico-socio-histórica de los más graves crímenes de derecho internacional que son de la competencia de la Corte (II)”⁴⁰⁶. Segundo a autora, esse princípio ensejaria a diminuição das faculdades da Corte diante da gravidade dos crimes cometidos na sociedade internacional, infringindo as diretrizes da responsabilidade penal internacional.

Segundo o artigo 16º o Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal, por intermédio de informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais ou não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

Caso entenda pela existência de fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual. Caso o Juízo de instrução negue prosseguimento, o Procurador pode posteriormente formular outro pedido com base em novos fatos ou provas referentes à mesma situação.

Ainda sobre o entrave à efetivação da responsabilidade internacional penal, o artigo 17 do Estatuto estabelece dentre as suas hipóteses que o caso não será admitido se for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre ele, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o

⁴⁰⁶CLÉMENT, Zlata Drns. *Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: incoherencias sistemáticas*. Anuario Argentino de Derecho Internacional, v. 11, Córdoba, 2001/2002, pp. 51-89.

procedimento investigatório, ou não tenha capacidade para fazê-lo por ausência de vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para fazer ou em virtude de demora injustificada.

Ocorre que caso o Procurador entenda que a jurisdição nacional não seja confiável, o ônus da prova recai sobre o próprio membro do Ministério Público que, por vezes, poderá não ter acesso a toda documentação, aos procedimentos jurisdicionais ou outros elementos probatórios domésticos que comprove a falta de vontade ou a imparcialidade da persecução criminal, principalmente em virtude da cobertura concedida pela estrutura estatal interna para proteção de Chefes de Estado e Parlamentares.

Assim, haverá dificuldade de comprovar que o processo foi devidamente instaurado ou que ainda está pendente ou que a decisão proferida foi com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal. Ademais, como o Ministério Público comprovará a demora injustificada no processamento para se tornar incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça? Qual o prazo para provar se a demora é justificada ou não? Ou como provar que o processo não está sendo conduzido de maneira independente ou imparcial? Principalmente quando os meios de prova são acobertados, modificados ou destruídos pela própria estrutura estatal⁴⁰⁷.

Primeiramente, alguns Estados onde ocorrem crimes dessa relevância não possuem recursos judiciais adequados e eficazes para que se possa alcançar o esgotamento de recursos internos, declarar o pronunciamento judicial injusto e entender pela posterior entrega ao TPI. Por vezes, não existe na legislação interna do Estado normas que trate o devido processo legal. Ou inexistente qualquer acesso ao poder judiciário que possibilite o esgotamento dos recursos. Também as vítimas não conseguem comprovar tais requisitos e, mesmo com o poder requisitório do Ministério Público, não há acesso a todas as informações para verificar se é cabível ou não a jurisdição do TPI.

No que tange à demora injustificada da persecução criminal não se pode quantificar o tempo necessário, pois irá depender do grau de complexidade do crime e da reunião das provas. Entretanto, torna-se mais eficaz a imediata intervenção do TPI

⁴⁰⁷ RAMOS, Andre de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 275.

quando se tratar de crimes de sua competência, no objetivo de impossibilitar a imediata destruição de provas e de impossibilitar o escudo de responsabilização internacional de Chefes de Estado e outros membros do governo.

Os casos de Bahar Idriss Abu Garda, Ahmad Harun, Ali Kushayb e Omar Al Bashir na região do Darfur estão inconclusivos. A Câmara não estava convencida de que não havia provas suficientes para estabelecer motivos substanciais para acreditar que Bahar Idriss Abu Garda poderia ser responsabilizado criminalmente, quer como um autor ou coautor para a prática dos crimes com a qual ele foi acusado pelo Ministério Público, mas era o caso, principalmente em virtude da demora na apreciação das provas. Abu Garda foi acusado de três crimes de guerra, ou seja, a violência à vida, dirigindo intencionalmente ataques contra pessoa, instalações, material, unidades e veículos envolvidos em missão de paz, e pilhagem, alegadamente cometidos durante ataque realizado em 29 de setembro de 2007, contra missão da União Africana, no Sudão, uma missão de manutenção da paz estacionadas no Haskanita militar Grupo site (MGS Haskanita), na localidade de Umm Kadada, Darfur do Norte.

Em 18 de maio de 2009, a Bahar Idriss Abu Garda apareceu perante o Tribunal, em conformidade com uma intimação enviada pelo Juízo de Instrução I. A confirmação das comissões de audição no caso do Procurador contra Bahar Idriss Abu Garda foi realizada em 2009. O juízo de instrução decidiu pelo não prosseguimento por ausência de provas. Contudo, em 15 de março de 2012, a Presidência ICC foi atribuída ao Juízo de Instrução II a este caso, cuja solução, até o encerramento deste estudo, não havia sido encontrada.

Também a situação em Darfur foi encaminhada para o Tribunal Penal Internacional pela resolução 1593 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 31 de março de 2005. Três mandados de prisão foram emitidos pela Câmara de Questões Preliminares I para Ahmad Harun, Ali Kushayb e Omar Al Bashir por crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Os três suspeitos continuam foragidos, apesar da expedição dos mandados de entrega⁴⁰⁸.

Sobre a demora injustificada para que um caso seja levado à jurisdição internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustentou que, apesar de haver transcorrido vários anos desde a aceitação da competência da Corte por parte do

⁴⁰⁸Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

Estado, “o delito investigado continua impune, tendo transcorrido um prazo mais que razoável sem que os órgãos internos do Estado responsáveis pela investigação, julgamento e sanção dos fatos produzam resultados⁴⁰⁹”. E complementa:

As características do fato, a condição pessoal dos implicados no processo, o grau de complexidade da causa ou a atividade processual dos interessados não constituem elementos que escusem o atraso injustificado da administração de justiça que teve lugar no caso. A impunidade das violações de direitos humanos é especialmente importante nos casos dos trabalhadores sem terra, já que é uma das principais causas de violência no campo do Brasil. (...) A demora e a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de evidência essencial caracterizam uma violação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1(1) do mesmo instrumento⁴¹⁰.

Também constitui entrave à responsabilização individual as imunidades de direito internacional e de direito interno e outros aspectos processuais domésticos - foros privilegiados, impossibilidade de extradição, de entrega e de prisão. Ponto relevante para o objetivo deste trabalho, pois está previsto no Estatuto o não reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e o não reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade, mas infelizmente ainda há jurisdições nacionais que podem alegar a complementariedade ou que não ratificaram o Estatuto e priorizam as normas de direito interno e de Direito Internacional Privado, ainda que se trate de crimes de lesa-humanidade⁴¹¹.

A responsabilidade penal internacional individual em relação aos diversos sistemas internos de justiça criminal por vezes pode implicar ausência de uniformidade normativa referente: aos elementos constitutivos de responsabilidade penal, às excludentes de exoneração, aos tipos penais, principalmente aos dispositivos previstos nas Constituições dos Estados e na Parte Geral dos Códigos Penais nacionais. Alguns

⁴⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009.(Exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

⁴¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009.(Exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

⁴¹¹ SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. Revista Centro de Estudos Judiciários, nº 11, Agosto/2000, pp. 5-13.

aspectos legais internos podem prejudicar os mecanismos de responsabilidade internacional penal⁴¹².

O que se quer demonstrar é que no pós Segunda Guerra Mundial verifica-se crescente influência recíproca entre tratados e o direito internacional consuetudinário impactando no direito interno. O direito consuetudinário tem vindo a desempenhar papel de suma importância, uma vez que o direito humanitário contemporâneo aplicável em conflitos armados não está mais limitado às Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais.

O direito consuetudinário tem acelerado o desenvolvimento do direito dos conflitos armados, particularmente em relação aos crimes cometidos em conflitos internos. Nesse sentido a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça enfatizou que os princípios de direito humanitário devem ser cumpridos por todos os Estados como normas fundamentais, tenham ou não ratificados todos os tratados que estabeleçam, visto que são princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário⁴¹³.

Com a internacionalização dos Direitos Humanos e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se o espelho de norma costumeira de proteção dos direitos humanos. Não há dúvidas de que o direito à vida, integridade física, liberdade, igualdade e os princípios na Convenção de Prevenção e Repressão do crime de Genocídio vinculam todos os Estados, mesmo aos não contratantes, que devem reprimir e permitir a jurisdição imediata do TPI sobre os crimes de genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra⁴¹⁴.

Também uma vez reconhecida natureza cogente – *jus cogens* – das normas tipificadoras dos crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, clama-se pela aplicabilidade a agentes de Estado, ainda que não membros do Tratado. Isso porque a humanização do Direito Internacional, o reconhecimento de uma ordem pública

⁴¹² ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 193-194.

⁴¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2 ed., São Paulo: Saraiva 2011. Também, a CIJ em decisão no ano de 1996 sobre a licitude sobre a ameaça ou uso de armas nucleares afirmou que um grande número de regras de direito internacional humanitário é tão fundamental pelo respeito à pessoa humana e por considerações elementares da humanidade que elas se impõem a todos os Estados, que tenham ou não ratificados instrumentos convencionais, pois constituem princípios internacionais de direito consuetudinário.

⁴¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 28-30. Corte Internacional de Justiça, *Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*. Parecer consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ Report 1951, p.22. “The principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation”.

internacional e o estabelecimento de um patamar mínimo de normas de convivência na comunidade internacional é fundamental para a jurisdição universal do TPI.

Segundo Carrillo Salcedo, a forte ideologia solidarista no pós 1945 traz consequências jurídicas novas no âmbito normativo e institucional ligados ao conceito de humanidade. Do campo idealista e do discurso ético o conceito passa a ser aplicado ao mundo jurídico, pois se exige que o direito internacional se aplique a todos os homens - a humanidade passa a ser bem universal- e o Estatuto de Roma revela a existência de uma comunidade internacional mais solidária⁴¹⁵.

Sabe-se que as normas internacionais de fontes não convencionais servem para preencher os vazios normativos gerados pela ausência de adesão por parte de vários Estados aos tratados, porém não gera a segurança jurídica tal qual a ratificação de um texto convencional. Porém, se considerarmos a importância das normas imperativas de direito internacional, do Direito Internacional Consuetudinário, das normas de proteção dos Direitos Humanos e dos princípios gerais de direito internacional relacionados com o consenso internacional em torno do direito à vida, da solidariedade e da humanidade, podemos defender a aplicabilidade do TPI independentemente de ratificação dos Estados e a relativização do princípio da complementariedade e a exclusão dos critérios de local e de tempo para a sua jurisdição.

O princípio da jurisdição universal funda-se na ideia de que todos os Estados teriam o dever de proteger os bens jurídicos ameaçados por condutas criminosas. Celso de Mello define que “o princípio da competência universal deverá predominar no futuro, enquanto que o da territorialidade é predominante nos dias de hoje. Este representa a soberania do Estado, enquanto aquele a ordem jurídica internacional”⁴¹⁶. Nesse sentido, Dolinger defende o desenvolvimento da ordem pública internacional cada vez mais destinada à proteção dos interesses da humanidade⁴¹⁷.

O Estatuto de Roma, que promove a responsabilização individual penal por crimes de grande repercussão como instrumento de proteção dos Direitos Humanos – eliminação de arbitrariedades dos entes políticos - só possuirá conteúdo real quando os

⁴¹⁵ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Dignidad frente a barbárie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Ed. Mínima Trotta: Madrid, 1999, p. 24.

⁴¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque *Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 1978, p. 35.

⁴¹⁷ DOLINGER, Jacob. *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ed. Gráfica Luna Ltda. Rio de Janeiro, 1979.

mecanismos de responsabilização forem eficazes e não configurarem meros conselhos ou mera repercussão moral e política na comunidade internacional.

CAPÍTULO 4 – CLAROS/ESCUROS DA PARTE GERAL

No que se refere à parte geral da responsabilidade internacional penal, optamos por tratar apenas do princípio *aut dedere aut judicare*, do instituto da entrega ao TPI, do princípio da complementariedade e das imunidades de Chefes de Estado, por se relacionarem diretamente ao propósito desta dissertação.

4.1- Princípio *aut dedere aut judicare*

A expressão *aut dedere aut judicare* é utilizada para se referir à obrigação alternativa de extraditar ou processar contida em diversos tratados internacionais, visando à cooperação internacional na repressão de crime de direito internacional. Essencialmente é a exigência de que o Estado que tenha sob custódia alguém que tenha cometido um crime de relevância internacional realize ou extradição do agressor para outro Estado que esteja preparado para julgá-lo ou tome medidas para processá-lo em sua própria jurisdição.

Em regra, o Estado que for ofendido por alguma transgressão tem o direito natural de punir o autor, de modo que o Estado no qual o agressor busca refúgio não deve interferir no exercício desse direito. Assim, o agressor deve ser entregue ao Estado para que seja punido, mas este não está rigidamente vinculado a esta opção, pois há uma alternativa: o Estado hospedeiro pode optar por puni-lo por si mesmo. De qualquer maneira, ele é obrigado a fazer ou um ou outro: ou extraditar ou punir.

Historicamente, o primeiro tratado a prever tal princípio foi a Convenção para a Supressão da Contrafação de 1929, na qual já havia distinção entre casos que envolvessem nacionais e outros que não. No primeiro caso, um Estado que recuse a extraditar seus nacionais deveria julgá-los internamente. No segundo caso, se não fosse satisfeito o pedido de extradição, apenas deveria exigir o julgamento, no plano interno, caso a legislação desse Estado previsse, como regra geral, a perseguição criminal de ofensas cometidas no estrangeiro⁴¹⁸.

Posteriormente, nas Convenções de Genebra de 1949 e na de Haia para a Supressão da Apreensão Ilícita de Aeronaves de 1970, o princípio adotou a mesma forma, sendo aplicável apenas às infrações mais graves como previa o texto da própria

⁴¹⁸ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare – The duty to extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, p. 5

convenção. A fórmula utilizada no artigo 7º nesta Convenção de Haia exige que o Estado em que um suposto criminoso for encontrado ou a extraditá-lo para um Estado (como o Estado de registro de um avião sequestrado), que é reconhecida a ter jurisdição sobre ofensa ou, alternativamente, se não extraditá-lo, deve submeter o caso às suas autoridades competentes para fins de procedimento criminal. Esses tratados incorporaram a linguagem do princípio *aut dedere aut judicare*.

A expressão *judicare* significa principalmente julgar ou tentar. Ele Apenas sugere um julgamento completo, mas exige que o Estado requerido tome medidas para acusação. No entanto, a forma substantiva *judicare* também pode se referir-se a um inquérito sobre uma acusação, havendo diferentes procedimentos nacionais para se chegar a essa determinação⁴¹⁹.

Em contrapartida, a expressão *dedere* significa render-se ou entregar-se em vez de extraditar. É um dos vários termos menos específicos, uma vez usado para descrever o que hoje chamamos de extradição, termo que segundo a doutrina, deve ter aparecido primeiro em francês no século XVIII e em Inglês, no século XIX⁴²⁰.

O princípio *aut dedere aut judicare* – *aggiornamento* da conhecida frase utilizada por Grócio, *aut dedere aut punire*, é princípio cardeal do referido sistema de aplicação indireta – impõe aos Estados que, na esfera do direito interno, executem determinadas obrigações internacionais, cuja eficácia depende da fonte de que promanam.

As afirmações sobre o status costumeiro do princípio *aut dedere aut judicare* pode assumir formas mais estreitas ou mais amplas. Por um lado, pode-se afirmar que o princípio tornou-se regra usual em relação à ofensa particular definida em determinado tratado. Por outro lado, pode-se afirmar, de forma mais ampla, que o princípio é regra usual em relação a toda uma classe de crimes internacionais, ou melhor, em relação a infrações internacionais como um todo.

À medida que o dever de extraditar ou julgar estabelecido em tratado em particular é considerado obrigação usual em relação ao crime definido no referido tratado, pode-se afirmar que será vinculativa para os Estados que ainda não ratificaram o tratado, pois a obrigação não é simplesmente contratual, mas sim representa obrigação de direito internacional geral. Dessa forma, esse princípio pode ser pensado para

⁴¹⁹ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 4.

⁴²⁰ WISE, Edward M. *Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare*, 62 Rev. International Droit Pénal, 109, 1991.

solucionar os casos de entrega ao Tribunal Penal Internacional no que diz respeito aos crimes previstos no Estatuto de Roma.

Se entendermos que o princípio *aut dedere judicare* faz parte do direito dos costumes, ele será aplicado aos crimes internacionais como um todo, ou a uma classe inteira de crimes internacionais, principalmente se considerarmos como crimes de *jus cogens* os previstos no Estatuto de Roma.

Mas também pode ser uma consequência adicional que a obrigação de extraditar ou julgar irá obter com relação a crimes previstos em tratados, como a Convenção do Genocídio, que eles próprios explicitamente incorporam o princípio.

Analisar o princípio de forma mais abrangente é o que se pretende defender como o mais comumente avançado para a responsabilidade internacional penal. Primeiro, envolve a afirmação de um dever pelo direito internacional consuetudinário de extraditar (ou processar) aqueles que cometem crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Segundo, envolve a extensão para incluir atos de terrorismo internacional, sob o fundamento de que toda a comunidade internacional e de que todos os Estados são obrigados a cooperar para garantir que os seus autores sejam levados à justiça. Terceiro, envolve a sua prorrogação para todos os delitos internacionais, pelas mesmas razões⁴²¹.

A amplitude da aplicabilidade desse princípio pode alcançar somente crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, passando pela inclusão de atos de terrorismo – com base na alegação de que esses atos merecem o repúdio de toda a comunidade internacional e que todos os Estados devem cooperar para trazer os responsáveis à justiça - até, finalmente, assumir a extensão universal a toda e qualquer ofensa internacional, pela mesma razão da inclusão do terrorismo. Partindo dessas considerações iniciais, é preciso adentrar os principais argumentos que afirmam ser o princípio *aut dedere aut judicare* costume internacional de caráter cogente.

Para que o princípio *aut dedere aut judicare* seja aceito como regra costumeira de direito internacional é preciso o cumprimento de duas exigências ou requisitos tradicionalmente definidos: primeiramente, a prática reiterada pelos Estados em suas relações entre si. Em seguida, o elemento subjetivo, a sua consideração como juridicamente vinculante, isto é, sua aceitação como direito. Ambos os elementos são essenciais, de modo que uma regra a qual os Estados não observem não pode ser qualificada como costume jurídico. Assim ensinam Dinj, Daillier e Pellet:

⁴²¹ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 21.

Um primeiro elemento consiste no cumprimento repetido de atos denominados “precedentes”: é o elemento material ou consuetudo, que pode não passar de um simples uso no início do processo. O segundo é constituído pela convenção dos sujeitos de direito, de que o cumprimento de tais atos é obrigatório porque o direito o exige: daí a qualificação de elemento psicológico ou o recurso à fórmula latina da *opinio júris sive necessitatis*⁴²².

No entanto, o sentido de “prática” não pode ser limitado ao de ação comportamental. Caso assim fosse, quer dizer, caso somente o que naturalisticamente acontece no mundo fosse considerado prática, a conclusão seria que o princípio *aut dedere aut judicare* não seria juridicamente um costume. Desse modo, a alegação de que essa obrigação representa um costume jurídico internacional não se sustenta apenas no efetivo comportamento dos Estados.

Opiniões contemporâneas de direito internacional dão menos importância às práticas do Estado efetivamente, focando-se mais em suas declarações normativas e no elemento subjetivo, que é o *opinio júris* – elemento psicológico.

A despeito de não deter um nítido conforto do princípio na prática internacional, esse critério de formação de costume internacional está se tornando cada vez mais defasado no direito internacional. O elemento objetivo necessário à atribuição de status de costume internacional a algum princípio ou norma, qual seja, a reiterada prática dos Estados, não é mais imprescindível, há certa relativização na rigidez tradicional do processo de formação das normas de costume.

A ideia de que princípio *aut dedere aut judicare* se aplica a todos os crimes internacionais tem sido muito defendida por Bassiouni⁴²³ e Ian Brownlie⁴²⁴ no sentido de que este princípio se aplica a todos os crimes envolvendo flagrantes de grandes violações dos direitos humanos.

Os argumentos que justificam a ideia de que a obrigação de extraditar ou julgar alcançou o status de uma regra de direito internacional consuetudinário estão divididos em principais pontos. Primeiro que historicamente, a afirmação de um dever extraditar ou punir não estava limitado a crimes internacionais, pois também se aplicava a crimes comuns. Grotius, por exemplo, assumiu a existência de uma ordem social comum ou moral que o direito penal de cada Estado pretende garantir, ou seja, a obrigação de extraditar ou punir não se trata de uma obrigação bilateral, mas sim derivado do

⁴²² DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. ob. cit. p. 294-318.

⁴²³ BASSIOUNI, Cherif M. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 1992, p. 499-508.

⁴²⁴ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4 ed. 1990, p. 315.

interesse comum que todos os Estados têm em suprimir todas as formas de crime, e, portanto, como uma obrigação de toda a comunidade internacional⁴²⁵.

Ocorre que ao longo do século XIX se questionava se a lei internacional poderia impor obrigação de extraditar diante da ausência de um tratado de extradição. Grotius foi um dos que se manifestaram a favor de um dever legal de extradição.

Vattel igualmente argumentou que o direito internacional geral impõe um dever legal definitivo de extradição. Mas se entendermos que a obrigação de extraditar é, na melhor das hipóteses, uma obrigação imperfeita, ela seria apenas obrigações morais e não legais, ou seja, não seria juridicamente vinculativa, a menos se incorporada em um tratado de extradição. A prática moderna segue esse ponto de vista no que diz respeito aos crimes comuns, em que não há obrigação de extradição, na ausência de um tratado de prescrição de tal obrigação⁴²⁶.

A questão é se crimes internacionais constituem exceção à regra de que não há obrigação de extraditar para além de um tratado que requer a extradição. A obrigação de extraditar, como questão de direito internacional geral, no que diz respeito a certos tipos de crimes internacionais, tais como os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e atos de terrorismo internacional, deve ser analisada de outra maneira.

Esses são crimes repreendidos pela comunidade internacional como um todo. São crimes contra a ordem pública mundial. Eles são preocupação para todos os Estados e todos os Estados devem, portanto, colaborar para trazer aqueles que cometem tais crimes à justiça, independentemente de ratificação de tratado internacional. Todo o esforço para trazer tais infratores à justiça será frustrado se os Estados não aceitarem a obrigação de processar ou então extraditá-los para um Estado que está preparado para julgar ou entregá-los ao sistema de execução direta por meio do processo penal diante do Tribunal Penal Internacional, atualmente estruturado.

Qualquer que seja o caso com relação a crimes internacionais, o dever de extraditar ou julgar forma o interesse comum que todos os Estados têm na repressão de crimes internacionais. No que se refere a crimes internacionais o princípio *aut dedere aut judicare* tem sido aceito como norma positiva de direito internacional geral.

O princípio é mais do que norma ordinária do direito internacional. É condição para a repressão efetiva dos crimes universalmente condenados. Em grande parte, as regras que proíbem essas infrações constituem normas *jus cogens*, que são regras de

⁴²⁵ WIJNGAERT, Christine Van Den. *The Political Offence Exception of Extradition*. 1980, p. 133-134.

⁴²⁶ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 23.

importância primordial para a ordem pública mundial e não podem ser anuladas ou modificadas em um tratado subsequente.

Os Estados, por tratado, não poderiam validamente concordar com o genocídio ou outros crimes contra a humanidade. Assim, à medida que constitui regra de direito internacional geral, o princípio *aut dedere aut judicare* também é então princípio de *jus cogens*⁴²⁷.

Ademais, a relação do princípio *aut dedere aut judicare* com o instituto da extradição é uma das questões de grande importância a ser analisada. Primeiramente deve apresentar os principais objetivos da extradição.

A posição atribuída a Grotius de que todos os Estados têm interesse comum em suprimir todas as formas de crime, é a posição defendida por especialistas em matéria de extradição. Constitui uma resposta para a questão de por que os Estados devem se envolver em extradição: quais são os objetivos que justificam a prática de se entregarem fugitivos? Do ponto de vista de um Estado requerente, o retorno de fugitivos representa a aplicabilidade do direito penal geral no que diz respeito à punição e persecução criminal. Portanto, a extradição é o meio para se certificar de que os fins que são pensados para um sistema de direito penal não são frustrados pela capacidade de criminosos de saírem do país e de obterem asilo no exterior.

A extradição ajuda a garantir que os criminosos não escapem da punição que merecem e que o uso preventivo, educativo ou expressivo do direito penal não é diluído pelo espetáculo recorrente de infratores que fogem para um santuário estrangeiro. As fronteiras nacionais tornam-se irrelevantes para um interesse maior de garantir que crimes ou crimes mais graves não fiquem impunes⁴²⁸. Aquele que ofende a humanidade deve ter inimigos em toda a humanidade, e ser objeto de execração universal, como se os juízes fossem os protetores da natureza humana em geral, em vez de guardiães de convenções particulares entre os homens.

Torna-se inviável os Estados assumirem jurisdição universal, porém devem abster-se de, pelo menos, impedir a aplicação da lei adequada e não devem dificultar o procedimento de extradição e impossibilitar que criminosos sejam encaminhados à justiça. É verdade que os Estados não são capazes de exercer jurisdição universal sobre todos os crimes relevantes, mas devem pelo menos cooperar com a extradição dos

⁴²⁷ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 25.

⁴²⁸ BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 26.

criminosos a um lugar onde eles possam ser punidos. Situação que configura o princípio *aut dedere aut judicare*.

Existem várias construções doutrinárias para justificar a extradição. Talvez a mais renomada e importante delas seja a ideia de *civitas maxima*, em que, por detrás dos Estados singularmente considerados, existe uma comunidade humana cujo vínculo é tão simplesmente a pertença à humanidade. Assim, todos os Estados funcionariam como uma espécie de estágio intermediário que se volta ao bem comum do mundo inteiro.

Esta ordem moral vinculante implica uma preocupação em comum com o crime, independentemente de onde houver sido cometido. Isto justifica e exige ou a extradição dos criminosos ou seu julgamento pelos Estados que a recusarem⁴²⁹.

Há elementos nas relações internacionais que concedem credibilidade à hipótese de uma *civitas máxima*, porém, em contraposição, existem argumentos sobre as relações internacionais com base numa análise mais restritiva. Esta análise refere-se à escola que afirma serem essencialmente anárquicas as relações entre os Estados, isto é, não sujeitas a nenhum regramento internacional. Eles convivem num campo de conflito perene e de luta constante pelo poder político, tal como delineado pelo conceito hobbesiano de estado de natureza⁴³⁰.

Nesse sentido, a política das nações promove uma guerra de todos contra todos e cada Estado atua com base nos seus próprios interesses, guiado, tão somente, por considerações de oportunidade. Portanto, desconsideram a ideia de comunidade internacional e de um conceito universal de crime e que apenas no plano interno a proteção da vida humana permanecerá inabalável e que a ideia de um direito internacional se apresente como pura utopia.

A política internacional estaria baseada apenas no interesse dos Estados, limitado apenas por questões de oportunidade e prudência. A força seria, segundo essa concepção de mundo, a *ultima ratio*. As ações e decisões dos Estados não estariam restringidas por regras morais, nem vinculadas a regras de direito internacional, muito menos haveria uma ideia de comunidade internacional. O sistema internacional seria um vácuo jurídico e moral.

Há um terceiro padrão principal do pensamento sobre relações internacionais em que se baseia a ideia de uma sociedade de Estados. Estados, não os indivíduos, são os

⁴²⁹ HALL, W. E. *A Treatise on International Law*, Perce Higgins, 1924, WOLFF, C. *Jus Gentium Methodo*, Scientifica Pertractatum, 1934 e WISE, Edward M. *Terrorism and The Problems of an International Criminal Law*, 1987, apud BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 28-29.

⁴³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Oakeshott ed., 1957, p. 190.

membros principais da sociedade aos quais se aplicam as regras do direito internacional de acordo com a condução de cada membro. São limitados pelas prescrições relativas à tolerância e acomodação, tentam fazer o possível para que continuem a coexistir como sociedade. Nessa sociedade internacional, não há superior comum.

Outra construção argumentativa criada para justificar a extradição possui a seguinte estrutura: a primeira afirmação é a de que não existe preocupação global de combate ao crime, isto é, que a devida punição do crime só interessa aos Estados ofendidos em particular. O fundamento da extradição residiria, segundo essa linha argumentativa, no interesse particular e em sua reciprocidade – é do interesse de determinado Estado ver diante da justiça os crimes que lhe ofendem, da mesma maneira que é dos outros⁴³¹.

Assim, o Estado se torna signatário de tratados de extradição e se propõe a extraditar criminosos pelo motivo de que ele também possui o interesse em trazer os transgressores de sua ordem a sua própria justiça. Em outras palavras, ele extradita para poder exigir posteriormente que um criminoso de seu interesse lhe seja extraditado e, dessa forma, busca vantagens mútuas.

As regras de direito internacional seriam restrições costumeiras ou oriundas de acordos entre os membros dessa sociedade internacional. Por mais que eles busquem alcançar objetivos diferentes, sua ação está constricta por regras de tolerância e acomodação que possibilitam a continuação de sua coexistência em sociedade.

Dessa maneira, as concepções de mundo têm convivido na história do direito internacional⁴³². Ainda assim, muito embora todas tenham dado valiosas contribuições à formação do pensamento jurídico moderno, a que efetivamente predominou sobre as outras e moldou o desenvolvimento do direito internacional foi a ideia de que uma sociedade internacional possui um sistema de direitos e deveres mutuamente vinculantes nas relações dos Estados entre si.

Essa visão de mundo é incapaz de conceber um sentido comum de combate ao crime, uma vez que não consegue perceber a identidade entre os crimes proibidos nos mais diversos Estados – por mais que eles sejam ou não jurídica, moral e estruturalmente idênticos. É também incapaz de entender a necessidade de proteção

⁴³¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 197-198. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 347 - 359. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutorado em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, pp. 376 – 378.

⁴³² BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 26-36.

internacional dos direitos humanos, da vida humana e da comunidade internacional por meio da repressão de crimes de grande repercussão internacional como o genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra.

A hipótese da *civitas maxima* parece mais apropriada para a responsabilização individual internacional e é a linha desta dissertação. Afirmar que a fundação da cooperação internacional entre os Estados é apenas o ajuste de vontades pactuado entre eles é ignorar que todos os povos, a despeito de suas mais variadas diversidades, têm necessariamente algo em comum: a proteção da humanidade⁴³³. E que a teoria dos direitos fundamentais tem assumido uma repercussão universal ligada a essa propriedade irrecusável de toda pessoa, não admitindo violações a tais direitos mesmo em países não signatários de quaisquer tratados internacionais⁴³⁴.

Tem-se configurado um esquema cooperativo entre os Estados da comunidade internacional. Portanto, o instituto da extradição também se assenta sobre a concepção de uma ordem mundial de cooperação em prol da humanidade.

Questão de difícil resolução é saber se o dever de extraditar se sobrepõe ao de julgar ou se cada Estado possui discricionariedade para optar por uma das alternativas. A solução parece apontar para a segunda hipótese, deixando a critério da oportunidade e conveniência de cada Estado decidir pela extradição ou persecução criminal, tendo em vista a necessidade de fortalecimento da cooperação estatal internacional⁴³⁵.

A questão é que para cumprir o princípio *aut dedere aut judicare* que indica uma obrigação alternativa, o Estado pode recusar a extradição, porém se este não estiver preparado para prosseguir segundo uma apropriada persecução criminal em suas próprias cortes?

Existem, portanto, dois entraves: a impossibilidade de extradição - por exemplo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815 de 1980, preveem que o brasileiro não poderá ser extraditado, principalmente se brasileiro nato ou naturalizado, bem como se contiver as imunidades e prerrogativas de foro no caso de parlamentares, Chefe de Estado e Chefe de Governo⁴³⁶. O segundo problema é

⁴³³ ARAÚJO, Nádia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional in Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*, org. Paulo Borba Casella e André de Carvalho Ramos, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 97-115.

⁴³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 107-210.

⁴³⁵ REZEK, Francisco, ob. cit. p. 199.

⁴³⁶ No artigo 5º, inciso LI da Constituição Federal Brasileira dispõe que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de

que nada garante que o Estado ao qual o criminoso for extraditado também estará em condições de processá-lo, em virtude da estrutura de Governo ou do Poder Judiciário.

Ocorre que com a adoção de mecanismos de cooperação internacional quando presentes crimes do Estatuto de Roma, os Estados deverão investigar independentemente do local onde hajam sido cometidos e as pessoas contra as quais pendam acusações de os terem praticados devem ser detidas e submetidas a julgamento. Os Estados devem cooperar entre si para prevenção, repressão e punição desses crimes de grande repercussão, como previsto na Resolução 3074 das Nações Unidas denominada de “Princípios de Cooperação Internacional Relativos à Detenção, Prisão, Extradicação e Punição de Pessoas Responsáveis pela Prática de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade”⁴³⁷.

Portanto, o princípio *aut dedere aut judicare* engloba os mecanismos de cooperação internacional, a extradicação do criminoso ou a repressão e punição de crimes internacionais pela jurisdição interna. Entretanto, no que diz respeito ao instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional por crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes de genocídio? Trata-se de extradicação? Seria outro instituto de cooperação internacional? Possui relação com o princípio *aut dedere aut judicare*?

Primeiramente, uma das formas de cooperação judiciária instituída pelo Estatuto de Roma é a entrega de um criminoso realizada por um Estado ao Tribunal Penal Internacional, prevista nos artigos 89º e 102º do Estatuto, instituto também previsto na Convenção Relativa ao processo Simplificado de Extradicação entre os Estados-membros da União Européia de 1995, assim como na Decisão-quadro do Conselho relativo ao mandato de detenção europeu⁴³⁸ e nos processos de entrega entre os Estados-membros de 2001⁴³⁹.

comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. A Lei nº 6.815/80 em seu artigo 77º dispõe também que não se concederá extradicação quando se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivou o pedido.

⁴³⁷ ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, ob. Cit. P. 156.

⁴³⁸ O Mandado de Detenção Europeu foi introduzido pelo Conselho Europeu de Tampere, em 1999, e constitui a primeira concretização do princípio do reconhecimento mútuo, em que as autoridades competentes do Estado-Membro no território do qual a decisão pode ser executada devem prestar colaboração à execução dessa decisão como se fosse decisão tomada por autoridade competente deste Estado. O Mandado é uma forma de simplificação do processo de entrega entre os Estados Membros para aceleração do processo, ligado à sua judiciarização, contribuindo para o melhoramento da posição jurídica da pessoa que é objeto do mandato em relação ao processo de extradicação. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Mandado de Detenção Europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* In *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 33-58.

⁴³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 535.

Ocorre que doutrinadores internacionalistas apresentaram a possibilidade de o instituto da entrega ser incompatível com a extradição e conseqüentemente ser inconstitucional com base no ordenamento jurídico interno. Afirma Mazzuoli, no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, poder existir uma inconstitucionalidade intrínseca⁴⁴⁰, a partir da incorporação do Estatuto de Roma, ou seja, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão do Tratado, ainda existem normas violadoras de dispositivos constitucionais, diferentemente da inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita, quando o procedimento de ratificação é prescindido de requisito formalmente exigido pela Constituição⁴⁴¹.

Nesse sentido, o mesmo problema foi apresentado no ordenamento jurídico português no que se refere às objeções de inconstitucionalidade que surgiram quanto às questões da admissibilidade de jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Primeiro, o estabelecimento no Estatuto de prisão perpétua, depois a imprescritibilidade dos crimes, a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional; a entrega no caso de haver crime comum e não de natureza política e principalmente as imunidades internacionais e internas relativa ao foro de prerrogativa de função⁴⁴².

Ocorre que não há no ordenamento jurídico brasileiro nem no ordenamento jurídico português legislação interna que regulamente o procedimento de entrega no que se refere à competência para a análise da fase administrativa realizada pelo governo e a competência do judiciário para a análise desse pedido.

O instituto da entrega possui estrutura diferenciada da extradição e da transferência⁴⁴³ de acusados ou condenados no que diz respeito a diversos argumentos: o primeiro dispõe que as entidades requeridas e requerentes destes institutos são diferentes; segundo, que os fundamentos do pedido se diferem; e terceiro que a

⁴⁴⁰ Um estudo aprofundado sobre a inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais MAZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2º edição, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, pp. 247-252.

⁴⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. p. 75.

⁴⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 860; e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, 2007, ob. cit. p. 249.

⁴⁴³ No âmbito da União Européia, a transferência ocorre entre países da União de condenados em pena ou sujeitos a medidas de segurança privativas de liberdade em que a pessoa já condenada é transferida para o Estado de que é nacional para cumprimento de pena ou medida de segurança aplicada por outro Estado, prevista na Convenção do Conselho da Europa relativa à transferência de pessoas condenadas de 1983, Lei 144/99, assim como prevista no Estatuto de Roma artigo 99º. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 535.

simplicidade e a celeridade do procedimento de entrega são diferentes que o da extradição.

Não obstante, as regras penais e procedimentais estabelecidas no Estatuto de Roma a partir de uma leitura simplista do texto podem pressupor possíveis incompatibilidades com a Constituição Brasileira e a Portuguesa, no que se refere às normas proibitivas da extradição, que foram ignoradas pelo instituto da entrega.

O Estatuto de Roma estabelece que o instituto da entrega é a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal. E com base no artigo 89º, o Tribunal poderá dirigir um pedido de entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa para ser processada e julgada por essa Corte. Os Estados Parte poderão autorizar, conforme o procedimento previsto na respectiva legislação interna, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado.

Na verdade, entende-se que a extradição e a entrega são institutos de cooperação para repressão e punição dos crimes que ultrapassam as fronteiras estatais que infringem a sociedade internacional e representa o cumprimento do princípio *aut dedere aut judicare*.

A diferenciação dos institutos é a primeira solução para dirimir o problema, pois a entrega é um processo de resposta a um Tribunal e a extradição é um pedido de um Estado a outro, aceite por critérios de legalidade e oportunidade política.

A entrega corresponde ao modelo vertical de cooperação estabelecido entre o Tribunal e os Estados Parte, não havendo um juízo e decisão política dos Estados que aderiram ao Estatuto, presente no modelo horizontal de cooperação, a exemplo da extradição na qual se aplicam os princípios da reciprocidade, dupla incriminação e *ne bis in idem*⁴⁴⁴.

Importante explicitar que o modelo horizontal de cooperação ou “concorrência nacional horizontal” pode ser entendido pela cooperação entre dois Estados, soberanos e independentes, que reciprocamente se relacionam entre si, como é o caso de extradição de uma pessoa de um Estado para outro. Por sua vez, o modelo vertical de cooperação ou “concorrência vertical nacional-supranacional” estabelece a relação entre um Estado

⁴⁴⁴ CAEIRO, Pedro, *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português* in Vital Moreira, Leonor Assunção, Pedro Caeiro, Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 72-79.

soberano e um Tribunal Internacional como os Tribunais *ad hoc* para o Ruanda e ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional de caráter permanente⁴⁴⁵.

Portanto, a entrega ao Tribunal Penal Internacional de um agente que cometeu crime de genocídio, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade integra um procedimento de cooperação internacional. Por sua vez, o princípio *aut dedere aut judicare* se aplica a esse instituto, pois o Estado terá a opção de processar e julgar o criminoso com base na sua estrutura interna e com base na sua legislação penal, ou terá que entregar ao Tribunal Penal Internacional. O problema ocorre quando não há legislação interna que preveja a tipificação de crimes internacionais e quando não há poder judiciário nacional com estrutura imparcial, efetiva e desvinculada do sistema político local.

Assim, para que haja prioridade na entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional, entende-se que o princípio *aut dedere aut judicare* não assume apenas o sentido de um costume jurídico internacional, como também possui o caráter de regra *jus cogens*. Portanto, é princípio que deve ser aplicado a todos os Estados, independentemente de ratificação, na defesa da humanização do direito internacional.

O termo *jus cogens*, como já mencionado, refere-se a um corpo peremptório de normas de tamanha importância que não podem ser colocadas de lado por aquiescência ou acordo das partes em um tratado. Em outras palavras, uma norma *jus cogens* é de tal natureza inderrogável que esvazia o sentido de qualquer norma que lhe contrariar. Em comparação ao direito interno, as normas de *jus cogens* seriam de tamanha rigidez no âmbito internacional que se equivaleriam às cláusulas pétreas da Constituição de determinado país.

Esse conceito enfatiza a primazia dos interesses da comunidade internacional sobre todo o resto. São normas de especial importância porque representam princípios fundamentais, associadas ao bem comum, à preservação da comunidade internacional e da Ordem Pública Internacional. Elas estabelecem limites aos poderes de convenção e acordo entre os diversos Estados da comunidade internacional.

A principal consequência da atribuição de caráter *jus cogens* a uma regra de direito internacional é que ela não pode ser derogada, seja por acordo entre um grupo

⁴⁴⁵ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Princípio do Ne Bis In Idem no Direito Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, volume 4/5, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5, São Paulo, 2003-2004, pp. 91-122.

de Estados, seja pela decisão unilateral de um Estado singular. Exemplo clássico é a proibição do genocídio.

A afirmação de que o princípio *aut judicare dedere* representa norma *jus cogens* serve para sublinhar a importância crucial do princípio da repressão eficaz de crimes internacionais que será significativa apenas à medida que os Estados possuem a obrigação primordial de levar os que cometem tais crimes à justiça.

Essa não é ou não deveria ser obrigação que pode ser contratada a distância. À medida que a proibição de um crime é considerada como sendo de suma importância para a manutenção da ordem pública internacional e os Estados não têm direito a aquiescer em violações. Qualquer Estado que tenha para si um indivíduo que tenha cometido tal crime deve tomar medidas para trazer o malfeitor à justiça, se não o fizer então ele, com efeito, por sua inação inadmissível, concorda com a violação de uma norma imperativa⁴⁴⁶.

O princípio *aut dedere aut judicare* é derivado do interesse em comum que todos os Estados teriam em suprimir todas as formas de crime e, assim, seria uma obrigação de todos os Estados perante a *civitas maxima*, a comunidade internacional. Nessa linha, Francisco Ferreira de Almeida:

Trata-se agora de conferir ênfase ao conceito de comunidade internacional, bem como ao de uma suposta ordem social e moral comum a todos os Estados, de tal sorte que certos crimes cometidos num determinado Estado dizem respeito aos povos de todos os outros. Não implicando necessariamente a ideia de um Estado ou governo mundiais, assenta, todavia, num sentimento de solidariedade humana e na existência de ditames morais que cerceiam a actuação dos Estados e os impelem a cooperar em prol do bem comum⁴⁴⁷.

O sentido do princípio, no entanto, ultrapassa em muito o de norma ordinária de direito internacional. Ele constitui condição para a efetiva repressão de ofensas universalmente reprováveis. Tais ofensas são transgressões a normas consideradas *jus cogens*, normas de importância máxima para a manutenção da ordem mundial e que não podem inclusive ser modificadas por tratados subsequentes.

Desse modo, a supressão das ofensas às normas *jus cogens* estaria prejudicada caso todos os Estados não estivessem indistintamente obrigados a cooperar com a extradição ou a persecução, e por isso é preciso considerar também o próprio princípio do *aut dedere aut judicare* uma regra *jus cogens*.

⁴⁴⁶BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p.52.

⁴⁴⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Antônio de M. L. ob. cit., p. 154.

A alegação de que o princípio *aut dedere aut judicare* representa uma regra de *jus cogens* pode ser pensada para reforçar a ideia de que o princípio se aplica, como uma questão de direito consuetudinário, aos delitos que envolvem violações flagrantes dos direitos humanos. Esse entendimento proíbe a impunidade daqueles que cometeram graves violações em grande escala dos direitos humanos - argumentos que refletem elevação no reconhecimento da relação entre a repressão efetiva dos crimes internacionais e a proteção efetiva dos direitos humanos⁴⁴⁸.

Por essas razões, o princípio *aut dedere aut judicare* é de importância fundamental para a manutenção da ordem pública mundial de modo que os Estados não são livres para estipular acordos em contrariedade a ele. Isso o torna por definição regra *jus cogens* e não regra ordinária de direito internacional. Nenhum Estado pode eximir-se da cooperação internacional na busca da responsabilização dos violadores de direitos humanos e tratados internacionais, seja por intermédio da jurisdição nacional efetiva ou da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Por fim, o princípio *aut dedere aut judicare* se traduz numa obrigação alternativa consistente em ou extraditar ou perseguir juridicamente os responsáveis pela violação de tratados internacionais, mais especificamente os concernentes a crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de genocídio.

O status de costume internacional parece positiva e efetivamente justificado, à medida que o critério objetivo da reiteração de práticas não possui mais peso tão significativo na formação de um costume, a partir do momento em que se considera como prática também não só a natural e repetitiva observância de alguma conduta, mas também os atos de fala e comprometimento que os Estados empreendem diante da comunidade internacional. Portanto, esse princípio é um costume internacional.

Sua aplicação a crimes internacionais é um dos maiores demonstrativos da vinculação que existe entre todos os povos na defesa dos direitos humanos, bem como um dos instrumentos mais eficazes a esse respeito, a despeito de suas limitações. Por isso, ele assume tais quais as próprias normas de direito fundamental, caráter cogente, isto é, deve ser observado independentemente de aquiescência expressa em tratado ou convenção internacional. Pouca significância haveria em reconhecer a universalidade

⁴⁴⁸ BASSIOUNI, M. Cherif, *The Proscribing Function of International Law in the Process of International Protection of Human Rights*, Yale J. World Publisher, 1992, p. 193. BASSIOUNI, M. Cherif, *Enforcing Human Rights Through International Criminal Law and Through An International Criminal Tribunal*, in *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Louis Henkin & John Lawrence Hargrove Ed., 1994. BASSIOUNI, Cherif M., WISE, Edward M. ob. cit. p. 52 -53.

dos direitos humanos e a imperiosidade de sua proteção se não houvesse instrumentos ou meios para sua tutela, e é justamente por isso que a atribuição de caráter de *jus cogens* é necessária.

Apesar das dificuldades que sua aplicação possui como a determinação de critérios em caso de conflito quanto a seu cumprimento, não se pode subestimar sua importância, seja para a configuração de uma comunidade internacional, seja para o estabelecimento de condições de possibilidade de persecução criminal de violadores de direitos fundamentais e principalmente quando a estrutura do Poder Judiciário nacional é precária para determinar a entrega ao Tribunal Penal Internacional, independentemente de aceitabilidade ao Estatuto de Roma.

Isto porque o princípio *aut dedere aut judicare* é tanto regra de *jus cogens* quanto costume internacional, o seu alcance assume amplitude elevada. Quer dizer que, por sua natureza de regra cogente, o princípio tem aplicabilidade independentemente de previsão no mesmo tratado onde se encontram os crimes aos quais faz referência. A aplicação do princípio independe de aquiescência ou de ajuste de vontades, haja vista a confirmação de sua imprescindibilidade ao combate de infrações a normas de direito internacional.

4.2 - O instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional e a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Inicialmente cabe fazer algumas considerações e questionamentos. Primeiro, se considerarmos que os crimes tipificados no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional são crimes de *jus cogens* e de grande repercussão, realizados de forma organizada, sistematizada e direcionada à população ou a um grupo de pessoas por intermédio de estruturas políticas ou organizações não estatais que possuem fundo político, principalmente por fazerem parte de uma estratégia do regime daquele Estado ou da política de guerra ou de extermínio organizado, estaremos diante de crimes políticos ou por motivação política? Segundo, se considerarmos também que os atos são realizados por pessoas que integram o alto escalão da formação estatal, por vezes, Chefes de Estado ou Chefes de Governo ou Parlamentares, estaremos diante de crimes políticos ou de crimes por motivação política? Essa foi a principal questão analisada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre o pedido de entrega formulado ao Brasil.

Pode-se definir crime político a partir de três teorias: a objetiva, que conceitua crime político pelo bem jurídico protegido pela norma penal, ou seja, os delitos contra a existência do Estado e suas instituições jurídicas⁴⁴⁹. A subjetiva, que considera o fim perseguido pelo autor, caso, por exemplo, a conduta delitiva comum seja impulsionada por motivos políticos, e a teoria mista, que inclui os crimes eleitorais.

Contudo, Delmanto define que crimes políticos próprios são aqueles que "somente lesam ou põem em risco a organização política", ao passo que os impróprios "também ofendem outros interesses além da organização política"⁴⁵⁰.

Se considerarmos que os crimes do Estatuto de Roma são crimes políticos ou de opinião política e se entendermos que o instituto da entrega se assemelha ao da extradição, os ordenamentos jurídicos internos provavelmente irão inviabilizar a entrega ao Tribunal Penal Internacional. Ocorre que o Estatuto de Roma, a fim de operacionalizar e assegurar a eficácia da Corte dispõe no artigo 102, b, o instituto da entrega a ser entendida como a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal Internacional que não é uma jurisdição estrangeira, como, no mesmo sentido, os outros Estados o são, no que se refere à extradição.

Poderia cogitar a possibilidade de se inviabilizar a aplicabilidade do instituto da entrega ao Tribunal, pois o artigo 5º, inciso LII da Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como os artigos 77º e 78º da Lei 6.815/80, estabelece que não seja concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e a extradição de brasileiros natos ou naturalizados⁴⁵¹. Bem como, o artigo 33º, nº 6, da Constituição da República Portuguesa estabelece que não seja permitida a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante.

Porém, não se pode pressupor que o instituto da entrega é semelhante ao da extradição e que a norma constitucional proibitiva da extradição por crimes políticos pode ser aplicada ao procedimento de entrega, pois assim tornaria sem efeito a importância dada aos crimes de *jus cogens*, ao princípio *aut dedere aut judicare* e ao Estatuto de Roma que instituiu a estrutura do Tribunal Penal Permanente.

⁴⁴⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, 2000, pp. 421-447.

⁴⁵⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007, p. 64.

⁴⁵¹ Art. 5º "LI- nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou se comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na forma da lei" e "LII- não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião".

Aplicar ao instituto da entrega as normas e procedimentos previstos à extradição pode ensejar ineficácia ou inutilidade do Estatuto de Roma no combate aos crimes contra a comunidade internacional que em sua maioria possuem fundo político. Assim, em conformidade com o artigo 89 do Estatuto, o Tribunal poderá solicitar a cooperação dirigindo um pedido de detenção e entrega de um indivíduo a um dos Estados em cujo território possa encontrar-se e os Estados darão satisfação por meio dos procedimentos internos, ainda que não tenham ratificado o Estatuto.

Considerando que salvaguardam a livre determinação dos povos, proibindo o estabelecimento ou a manutenção pela força de uma dominação colonial, considerando que protegem o ser humano ao proibir a escravidão, o genocídio e o *apartheid* o entendimento é que são normas *jus cogens* que geram obrigações *erga omnes* aos Estados, independentemente de ratificação do Estatuto, de cumprirem os pedidos de entrega ao Tribunal ou de processarem e julgarem os criminosos no âmbito interno.

No que se refere à decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a petição nº4625, protocolada dia 7 de julho de 2009, foi devidamente encaminhada à Presidência do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 37º, inciso I, combinado com o art. 13º, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, no despacho publicado em 3 de agosto de 2009, o Ministro Celso de Mello, no exercício da presidência, relatou sobre a importância na discussão acerca das incompatibilidades do instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma.

Dentre as questões suscitadas, o Ministro manifestou-se sobre eventual inconstitucionalidade das regras que dizem respeito principalmente à desconsideração das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno, à imprescritibilidade dos crimes internacionais, à possibilidade de entrega de nacionais para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, à previsão de prisão perpétua, dentre outras que não foram objeto de discussão deste trabalho e que não foram mencionadas na decisão.

Entretanto, ressaltou que o Estatuto foi formalmente incorporado ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro desde sua promulgação pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 e que os Estados devem adotar, “procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas” em referido Estatuto. Por isso, mencionou o projeto de lei que tramita atualmente na Câmara dos Deputados como PL. 301/2007 e PL n. 4.038/2008, e que estabelece os crimes de genocídio, contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do

Tribunal Penal Internacional, além de instituir normas processuais específicas sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional⁴⁵².

Esse projeto foi resultado de quatro anos de trabalho dos membros do Grupo de Trabalho composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

A decisão relata que o Tribunal Penal Internacional é um organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal para processar e julgar aqueles que hajam praticado delitos impregnados de extrema gravidade, com repercussão e transcendência internacionais, como são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade, cuja competência penal – vinculada, materialmente, aos crimes referidos no Artigo 5º do Estatuto – só pode ser legitimamente exercida, considerada a jurisdição doméstica dos Estados nacionais, com estrita observância do postulado da complementaridade (ou da subsidiariedade).

O princípio da complementaridade foi explicitado pelo entendimento de Flávia Piovesan⁴⁵³, para quem o Tribunal Penal Internacional constitui um aparato complementar às cortes nacionais, tendo o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça.

Acrescenta que a responsabilidade primária é do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos e da comunidade internacional é a responsabilidade subsidiária. E conclui,

⁴⁵² Importante ressaltar que o crime de genocídio já está tipificado na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, diferentemente dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade que ainda não estão previstos na legislação brasileira e demandam regulamentação legal. Sobre o procedimento, o projeto de Lei nº 4.038/2008, em seus artigos 100, § 1º, e 108 dispõe: artigo 100. A requisição de cooperação do Tribunal Penal Internacional será recebida pela via diplomática e encaminhada, em cinco dias, pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado Autoridade Nacional de Cooperação com o Tribunal Penal Internacional, que a encaminhará, no prazo máximo de trinta dias, à autoridade competente para sua execução. § 1º. O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a requisição de entrega, de prisão preventiva para entrega ou de prisão preventiva antecipada, bem como de outras medidas que dependam de providências judiciais. Artigo 108. O Supremo Tribunal Federal, verificando que a requisição de prisão preventiva e entrega atende aos requisitos do artigo 91 do Estatuto de Roma e à Regra 187 de seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão, que conterà os motivos da ordem e será instruído com cópia da requisição originária.

⁴⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, pp. 223-224.

“(…) a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.”

Diante do pedido de entrega de um Chefe de Estado, como o Presidente do Sudão, em pleno exercício de suas funções, tornou-se relevante a discussão do disposto no artigo 27º do Estatuto que estabelece a irrelevância das imunidades diplomáticas e que estas não servem de causa excludente da responsabilidade penal do agente, muito menos como fator que legitima a redução da pena dos crimes tipificados no diploma. Contudo, a decisão menciona que a dimensão relativa à noção de soberania do Estado relacionada com as imunidades justifica a referida cláusula convencional, a partir da prevalência dos direitos humanos, positivada no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira.

Nessa linha, Carlos Eduardo Adriano Japiassú⁴⁵⁴ dispõe que de maneira geral os crimes previstos no Estatuto são cometidos por indivíduos que exercem determinada função estatal, e o dispositivo evita que estes se utilizem dos privilégios e das imunidades de maneira que impeça a responsabilização em face dos crimes internacionais. Conclui que o princípio da prevalência dos direitos humanos e a humanização do direito internacional permitem que haja restrições (irrelevância) às imunidades em casos de violações a direitos humanos, não havendo incompatibilidade entre o artigo 27º do Estatuto e a Constituição brasileira.

O Ministro discorre ainda sobre as diferenças entre a extradição e o instituto da entrega (“surrender”/“remise”), por meio do próprio artigo 102º do Estatuto de Roma. Isso porque a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais, ainda que revestidos de personalidade jurídica de Direito Internacional Público, como o Tribunal Penal Internacional. Ademais, explicita que “o processo de extradição faz instaurar uma relação de caráter necessariamente

⁴⁵⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, São Paulo, Editora Del Rey, 2009, pp. 115-116.

intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade formularem pleitos de natureza extradicional.”⁴⁵⁵.

O pedido de entrega, no entender de Celso de Mello, está fundado na identificação do sujeito de Direito Internacional Público legitimado para requerer extradição (apenas Estados) ou para solicitar, com apoio no Estatuto de Roma, a entrega ou “surrender” (somente o Tribunal Penal Internacional). Ambos encontram suporte no próprio Estatuto de Roma, no artigo 102º, alíneas “a” e “b”, e na doutrina de André de Carvalho Ramos, Carlos Eduardo Japiassú e Valerio de Oliveira Mazzuoli – juristas citados no decorrer deste trabalho – que entendem a entrega de uma pessoa, qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja ao Tribunal Penal Internacional como instituto jurídico *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas, distinto do instituto da extradição.

Menciona ainda o entendimento do jurista Pedro Caeiro para quem a entrega é forma autônoma de cooperação judiciária internacional, ao discorrer sobre o instituto da “entrega” em face das limitações constitucionais que, em Portugal (tanto quanto no Brasil), são impostas à extradição⁴⁵⁶. Além de relatar na decisão que Portugal convive com igual controvérsia, informando que a Assembléia da República, por meio da Revisão Extraordinária de 2001, adotou a “uma cláusula de remissão global para o Estatuto de Roma”, ao indicar que “o programa normativo de vários preceitos da Constituição passa a ter de comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do Tribunal Penal Internacional”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Jurisprudência nesse sentido: RTJ 99/1003, Relator Ministro Leitão de Abreu; Extradição 313/Argentina, Relator Ministro Luiz Gallotti; PPE 607/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 64/22, Rel. Min. Bilac Pinto; RTJ 184/674, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno; Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Assim como a doutrina de Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*, item n. 2.2.1, São Paulo, Editora Del Rey, 2001, pp. 130-131; Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*, item n. 5.91, 7ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007, p. 299; Uadi Lammêgo Bulos. *Constituição Federal Anotada*, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 277; Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. *A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, item n. 4, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 136; Yussef Said Cahali. *Estatuto do Estrangeiro*, item n. 27, São Paulo, Editora Saraiva, 1983, p. 363; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito Penal – Parte Geral*, volume 1, item n. 6, 7ª edição, São Paulo, Editora Forense, 2005, pp. 514-515 e Francisco Rezek. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, item n. 117, 10ª edição, 3ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 197.

⁴⁵⁶ CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português*, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, 2004, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 69-157.

⁴⁵⁷ MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 13-47; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 248-250.

No que diz respeito à entrega do Presidente do Sudão, afirma-se que o fato de a pessoa reclamada ostentar, presentemente, a condição institucional de Chefe de Governo e de Chefe de um Estado soberano não constituiria, na perspectiva do Estatuto de Roma, obstáculo à execução, pelo Governo do Brasil a sua detenção e ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional, desde que essa pessoa esteja ou venha a ingressar em território brasileiro.

Na decisão ressaltou a necessidade de discussão do tema, exemplificando que as dificuldades surgidas no Brasil e em Portugal também se encontram presentes nos países como a França, a Bélgica e a Alemanha, em que se registraram situações de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e as respectivas Constituições nacionais, como esclarecem Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis⁴⁵⁸. A Alemanha, por exemplo, optou pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi relativizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000, permitindo que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de Estado membro da União européia ou de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias do Estado de direito.

Ocorre que o Estatuto prevê o dever de cooperação e a entrega de um Chefe de Estado ou de Governo, nos termos do disposto no artigo 89, n. 1, por meio do pedido dirigido ao Estado “em cujo território essa pessoa possa se encontrar”. Não obstante o Presidente da República do Sudão não se encontrar em território brasileiro e nem se registrar a possibilidade de nele ingressar, o que afastaria o requisito tão claramente enunciado nesse artigo. E ressalta a necessidade de todos os Estados cooperarem nesse sentido, ainda que não tenham ratificado o Estatuto.

Por essa razão, o Ministro Celso de Mello encaminhou o pedido à Procuradoria-Geral da República para seu parecer sobre as questões acima referidas e discutidas neste trabalho. Vale a pena ressaltar que não houve indicação ou entendimento do ministro sobre a possibilidade de inconstitucionalidade do pedido de entrega com a sua inserção no ordenamento jurídico interno pelo que se impõe ao Brasil, em sua condição de

⁴⁵⁸SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade*, in *Cadernos de Direito*, volume III, nº 5, São Paulo, UNIMEP, 2003, pp. 255-256.

Estado Parte do Estatuto de Roma, a obrigação geral de cooperar com o Tribunal Penal Internacional.

Por fim, retirou do pedido o caráter sigiloso, em razão da notoriedade do fato, com a divulgação pelos meios de comunicação nacionais e internacionais do mandado de detenção e entrega do Chefe de Estado, nomeadamente em razão do exposto no “site” oficial do Tribunal Penal Internacional e nas publicações sobre a recente visita à Uganda do Procurador Luis Moreno-Ocampo, que ali buscava a cooperação de referido país africano na captura de Omar Al Bashir.

O parecer da Procuradoria Geral da República Brasileira atribui o caráter de *jus cogens* aos crimes graves contra a humanidade ao citar o professor norte-americano Jordan Pausti no colóquio realizado pela American Society of International Law, sustentou que o julgamento internacional de Peter Von Hagenbach por um tribunal católico *ad hoc* formado “pelo Sacro Império Romano-Germânico em 1474, por violações a leis divinas e humanas pode ser considerado o 1º episódio de responsabilização internacional de um Comandante em Chefe por descumprimento de normas de natureza *ius cogens*.”⁴⁵⁹

A Procuradoria entendeu que o Estatuto de Roma abandonou a noção de soberania nacional absoluta, pois passou a admitir intervenções no plano nacional em prol de direitos humanos universais. A razão de Estado passou a perseguir uma nova fundamentação, a razão da humanidade. “A função dos direitos humanos é a de estabelecer limites à soberania dos Estados e às instituições internas de cada país e, desta forma, seu respeito é a condição necessária da legitimidade de um regime político e da decência de sua ordem legal”⁴⁶⁰.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são

⁴⁵⁹ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625. “Depois da 1ª Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes previu que o Imperador Guilherme II teria violado leis de guerra e, por isso, deveria ser preso e julgado por um tribunal internacional. Entretanto, a persecução criminal não se concretizou porque Guilherme II refugiou-se nos Países Baixos, onde passou o restante de sua vida sem que qualquer Estado ou organismo internacional solicitasse sua extradição ou entrega. Em 1937, a Sociedade das Nações elaborou a Convenção sobre Terrorismo, que continha o estatuto de um tribunal criminal internacional permanente, mas a única nação a ratificá-lo foi a Índia. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial que as jurisdições penais internacionais surgiram, com a criação de quatro Tribunais *ad hoc*: de Nuremberg; de Tóquio; para a Antiga Iugoslávia e para Ruanda. Após 1945, as Nações Unidas adotaram a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (Resolução 260 AIII), em que havia a previsão de uma corte criminal internacional permanente. Em que pese ter sido a Convenção contra o genocídio adotada com facilidade, o mesmo não se pode dizer da corte, que não chegou a ser implementada e cuja discussão somente foi retomada em 1989.”

⁴⁶⁰ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625.

tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados⁴⁶¹.

A partir deste primeiro caso do Brasil, verifica-se que os principais questionamentos estão no fato de a República do Sudão não ser signatária do Estatuto e o fato de o Presidente se encontrar em pleno exercício das suas funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, gozando de imunidade perante a jurisdição brasileira e à determinação de detenção e entrega ao Tribunal Penal Internacional por um juiz no Brasil.

Francisco Rezek entende que a ideologia do Tribunal Penal Internacional surgiu com a idéia de evitar a impunidade mais grosseira e chocante: a dos crimes contra os direitos humanos elementares, contra a paz dos povos, contra nações, contra comunidades raciais. Ressalta ainda que tais crimes são cometidos em “larga medida à sombra da autoridade do Estado, ao benefício temporário da função pública, às vezes de mais alto nível”⁴⁶².

No Brasil, os preceitos relacionados à imunidade e à competência por prerrogativa de função são enfrentados em diversas situações de extradição de pessoas cobertas por essas garantias. E diante dos conflitos e dos crimes de mais alta gravidade perpetrados na região do Darfur, por negligência ou por ingerência do Presidente do Sudão não será coerente inviabilizar a sua entrega ao Tribunal Penal Internacional pela justificativa da imunidade do Chefe de Estado e de Governo em exercício, caso ingresse em território brasileiro.

Entende-se que sujeitar a julgamento um Chefe de Estado em pleno exercício de suas funções poderia, em razão da importância das funções constitucionais e oficiais exercidas, pôr em causa a estrutura e o funcionamento de um Estado Estrangeiro, como a República do Sudão, implicando o desmantelamento das mais importantes instituições daquele Estado. Porém, trata-se, por vezes, de Chefes de Estado e de Governo estabelecidos apenas em documentos oficiais, mas que não exercem efetivamente as atividades de comando daquela nação, seja pela ausência física, seja pelo exercício do cargo efetuado por representante designado.

⁴⁶¹ Kathryn Sikkink In MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. RJ: Renovar, 1999. Pg. 75. Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 – PGR/RG, Petição nº 4.625.

⁴⁶² REZEK, Francisco. *Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier, 2009, p. 486.

Ademais, as normas de Direito Internacional em matéria de imunidades pessoais não são de caráter absoluto ou inderrogável e a irrelevância das imunidades é tendência em âmbito internacional, a exemplo do Presidente Milosevic⁴⁶³, do General Pinochet, diante da criminalidade perpetrada por muitos Chefes de Estado, Ministros e os que ocupam cargos oficiais.

Assim, em nível internacional, caso o Presidente do Sudão ingresse em território brasileiro, o Brasil não será seu Estado patrial, nem será o Estado que por competência penal desejará chamar para si o processo de acusação e punição dos crimes previstos no Estatuto de Roma. Por isso, o Estado brasileiro deverá analisar a questão com imparcialidade e com respeito ao artigo 7º⁴⁶⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias devido às normas estabelecidas no Estatuto, cumprindo o dever geral de cooperação internacional em matéria penal, e, conseqüentemente, efetuando a entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional.

Isto porque o Estado brasileiro no exercício de sua soberania teve liberdade e autonomia para aderir ao Estatuto de Roma, mas a partir do momento que manifestou sua adesão, ratificando-o, assumiu obrigações de cooperação e entrega das quais não pode furtar-se. E ainda que não tivesse ratificado o Estatuto de Roma, os crimes de *jus cogens* e a universalização dos direitos humanos trazem consigo a necessidade de intensificar o monitoramento e controle da criminalidade internacional, da qual o Brasil e Portugal devem participar.

A cooperação internacional está diretamente relacionada com o conceito de soberania, em especial após o advento da globalização na segunda metade do século XX. Soberania é o poder político estatal, é o poder de comando máximo em uma sociedade política, que, segundo Carl Schmitt, é o poder de decidir no estado de exceção. Representa a racionalização jurídica e a institucionalização política do poder de fato exercido sobre determinado espaço territorial, permitindo que tal poder se transforme em poder jurídico e diferencie aquela sociedade política das demais formas de organização e associação humanas. Porém, uma das conseqüências do encurtamento das distâncias territoriais, da aproximação intercultural e da necessidade de cooperação

⁴⁶³ Segundo Paola Gaeta, se o Presidente Milosevic, ainda Chefe de Estado, tivesse entrado no território de um Estado estrangeiro, em missão oficial ou a título meramente privado, as autoridades desse Estado estariam obrigadas a executar o mandato de captura internacional emitido pelo TPIJ, sem que lhes pudesse ser imputada a violação de normas de direito internacional relativas às imunidades pessoais. ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. p. 510.

⁴⁶⁴ “Art. 7º - O Brasil propugnarà pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

internacional foi relativização da soberania⁴⁶⁵ e a necessidade do retorno às origens do Direito Internacional.

Segundo Vichinkeski, a relativização da soberania se assemelha às limitações que o poder soberano vem sofrendo desde as grandes revoluções europeias e estadunidenses dos séculos XVII e XVIII, que tinham por finalidade definir, delimitar e tornar previsível a atuação do Estado da sua relação com os seus súditos. As consequências estão em três setores do Estado: na transferência de poder soberano do público para o privado no âmbito da economia, em que agentes privados atuam ativamente guiando e ditando as regras do mercado internacional. No âmbito da política, em que desde a Liga das Nações existe uma tendência de universalizar os princípios do mundo ocidental e no âmbito jurídico é a tendência de implementar uma jurisdição internacional capaz de dar efetividade à solução das demandas judiciais⁴⁶⁶. É neste terceiro setor que defendemos a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional para todos os Estados, independentemente de ratificação.

Um dos elementos que concedem efetividade às demandas judiciais internacionais é a cooperação internacional para efetivação do instituto da entrega. Bassiouni⁴⁶⁷ relata que, desde as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, verifica-se a necessidade de serem aplicadas as mais diversas formas de cooperação internacional entre os Estados, no sentido de estabelecer políticas de legislação integrada, de relações multilaterais de cooperação e de uma Corte Internacional Penal. Assim dispõe:

“Multilateralism should replace the archaic, inefficient and politicized bilateralism, and all modalities of inter-state penal cooperation should be integrated. Thus, multilateralism treaties and national legislations should integrate the following modalities: extradition, legal assistance, transfer of criminal proceedings; transfer of prisoners; transfer of sentences; recognition of foreign penal judgements; tracing, freezing and seizing of assets derived from criminal activity; and law-enforcement and prosecutorial cooperation. Only then will these complementary processes work to the benefit of ensuring efficiency without sacrificing proper legal procedures and violating individual human rights. Lastly, we must not forget the need to establish an International Criminal Court.”

⁴⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Tradução Teologia Política, in *Le Categorie del politico*, Bologna, II Mulino, 1972, p.33. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski Teixeira. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69.

⁴⁶⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski Teixeira. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 130-132.

⁴⁶⁷ BASSIOUNI. M. Cherif. *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*. Procedural and Eforcemente Mechanisms in International Law, 2ª edição, volume II, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, pp. 12-13.

A cooperação internacional penal possui relevância jurídica ao estabelecer a diferença entre o instituto da extradição e o da entrega diante das duas formas de cooperação: a cooperação horizontal estabelecida entre dois Estados, como ocorre com a extradição, em que há a entrega de uma pessoa de um Estado para o outro; e a cooperação vertical, quando há a entrega de um indivíduo a um órgão internacional, no caso, a entrega ao Tribunal Penal Internacional⁴⁶⁸.

A obrigação de cooperar não interfere na soberania dos Estados, pois o reflexo das normas *jus cogens* é a concessão de parte do seu poder para cooperar internacionalmente. É a denominada cooperação vertical, “qual se caracteriza, não propriamente por uma relação de supra-infra ordenação (ordem – obediência), mas antes por uma drástica redução da margem de apreciação dos pedidos por parte do Estado requerido perante a entidade requerente bem diversa da tradicional “cooperação horizontal” (inter-estadual)”⁴⁶⁹.

De modo que as formas de cooperação em respeito ao ordenamento jurídico interno estão previstas no artigo 86º do Estatuto que estabelece a obrigação geral de cooperar, em que os Estados deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da sua competência. Também o artigo 83º prevê que estes deverão assegurar-se de que o seu direito interno tenha procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação internacional. Por fim, o art. 70º, inciso 4, alínea “a”, do Estatuto obriga os Estados Parte a estender suas leis penais que punam delitos contra a administração da justiça aos delitos contra a Corte Penal Internacional⁴⁷⁰.

De igual modo, o artigo 89º, nº 3, prevê que os Estados autorizarão o trânsito ou a entrega de uma pessoa, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva

⁴⁶⁸ TRIFFTERER, Otto, 1999, ob. cit. p. 1073; CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 75.

⁴⁶⁹ CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. 51. Mais precisamente sobre a cooperação judiciária na União Européia, CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Européia in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume III, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Editora Coimbra, 2009, pp. 69-80.

⁴⁷⁰ MIGUEL, João Manuel da Silva, 2001, ob. cit. p. 35. Nesse sentido MOREIRA, Vital, 2004, ob. cit. pp.32 e ss. CAEIRO, Pedro. *O Procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português*. In MOREIRA, Vital; LEONOR, Assunção; CAEIRO, Pedro e RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra, Editora Coimbra, 2004, p. 71. Importante ressaltar que no entendimento de Kai Ambos o Estatuto não contém uma obrigação específica com relação à adaptação do direito interno, exceto a obrigação normativa do art. 70 e a “exceção fática” relacionada com a obrigação de cooperação dos Estados-parte prevista no art. 86 e o princípio da complementaridade previsto no art. 17 do diploma. AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p.27.

legislação nacional. Procedimento que respeita a legislação interna por se tratar de legislação procedimental, que contribui à cooperação internacional⁴⁷¹.

A partir desses dispositivos do Estatuto de Roma e da necessidade de cooperação internacional para a repressão e punição da criminalidade, entende-se que as objeções discutidas sobre a inserção do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro e português podem ser superadas pelo princípio da complementaridade⁴⁷², previsto explicitamente no preâmbulo, e nos artigos 1º, 17, 18 e 19 do Estatuto de Roma, que garante o equilíbrio entre os interesses nacionais e internacionais⁴⁷³.

4.3 - O TPI e o princípio da complementariedade

O princípio da complementaridade pressupõe que o Estado tenha a capacidade e a vontade de perseguir e punir os responsáveis pelos crimes de sua competência. A capacidade pode estar expressa na normatividade adequada para a tipificação de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão, *ex-vi* art. 5º a 8º do Estatuto de Roma, e para a regulamentação dos procedimentos de persecução criminal. A vontade pode ser considerada questão de política criminal ou judicial. Caso não se verifique nenhum desses pressupostos, o Tribunal Penal Internacional pode assumir a jurisdição do caso concreto⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Otto Triffterer discute sobre os artigos 88º e 89º, nº 3 “Frist, this part of the second sentence of paragraph 1 concerns exclusively procedure and not substantive Law. Second, national procedures will have to be resorted to in order to execute a request for surrender. This is in no way prejudicial per se to effective cooperation and was therefore, not questioned even by the adherents of a strict vertical approach to cooperation. Third, national procedures must be used to meet, not defeat, the obligation to comply with a request to surrender. This is necessary result of a combined interpretation of the reference to procedure under national Law in point and article 88.” TRIFFTERER, Otto, ob. cit. pp. 1074 – 1075.

⁴⁷² Segundo Wladimir Brito “o princípio da complementaridade é “pedra angular da construção do Tribunal Penal Internacional e que, por nele concentrar e irradiar toda a doutrina da relação entre os Tribunais Nacionais e o Tribunal Penal Internacional, é também uma questão de grande complexidade jurídica” BRITO, Wladimir, 2000, ob. cit. p. 48; MIGUEL, João Manuel da Silva, 2001, ob. cit. p. 35; RODAS, João Grandino, 2009, ob. cit. p. 492; e CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, 2004, ob. cit. p.488. Também sobre a importância e força do princípio da complementaridade “The principle of complementarity has indeed been strongly affirmed since the inception of the process framing the current Statute of the ICC, namely since the International Law Commission Draft Statute of 1994 (...) complementarity is the cornerstone of the very concept of a permanent international criminal jurisdiction” STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the complementarity game in The International Criminal Court: Challenges and Prospects*. The European Inter-University Centre for Human Rights and Democratization, EIUC, 2005, p. 35.

⁴⁷³ FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*, São Paulo, Editora Renovar, 2006, p. 160.

⁴⁷⁴ AMBOS, Kai, 2003, ob. cit. p. 27-28.

Segundo o Estatuto, a competência do Tribunal Penal Internacional, como órgão auxiliar dos Estados, é subsidiária ou complementar, ou seja, só poderá julgar os crimes de sua competência quando os Estados lhe deferirem o poder de processar e julgar criminosos. Porém, como ocorreria a responsabilização internacional por crimes de *jus cogens* de Chefes de Estado ou outros agentes políticos de Estados não partes do Estatuto? De imediato a responsabilização não seria possível, fato que iria inviabilizar a atuação do TPI. Defende-se a jurisdição universal quando se tratar dos crimes de lesa humanidade que atingem a comunidade internacional como um todo e se são crimes de *jus cogens*, eles independem da aceitação dos Estados. Todos os Estados devem cooperar na entrega ao TPI quando as jurisdições internas forem omissas, caso contrário, haverá responsabilização internacional do Estado.

Essa foi a questão de maior relevância apresentada no parecer da Procuradoria da República do Brasil que se refere ao fato de o Sudão não ter assinado o Estatuto de Roma e, em tese, seu Chefe de Estado não estaria sujeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Ocorre que o artigo 13 do Estatuto de Roma estabelece que o exercício da jurisdição do Tribunal recairá sobre qualquer dos crimes a que se refere o artigo 5º se um Estado Parte comunicar ao Promotor, em conformidade com o artigo 14, uma situação em que aparentemente tenha sido cometido um ou vários desses crimes; ou Conselho de Segurança, agindo ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, comunicar ao Promotor uma situação em que aparentemente tenha sido cometido um ou vários desses crimes. Contudo, julga-se que, em razão da humanização do direito internacional, da substituição das razões de Estado pela razão da humanidade e por se tratar de crimes de caráter *jus cogens*, deve-se excluir a condição de autorização do CSNU para a responsabilização de indivíduos de Estados não signatários. “Nesse sentido, descabe qualquer alegação que pretenda afastar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para processar e julgar os responsáveis pelos eventuais crimes contra os direitos humanos praticados na República do Sudão.”⁴⁷⁵

Aplicar-se-ia a todos os Estados apenas o art. 17, inciso I, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, que estabelecem as condições de admissibilidade da competência do Tribunal Penal Internacional, ou seja, a Corte somente atuará quando o fato criminoso não for objeto de inquérito ou procedimento criminal por parte do Estado que tenha jurisdição sobre ele, ou quando o Estado tenha decidido não dar seguimento ao inquérito ou procedimento,

⁴⁷⁵ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625.

ou quando a pessoa não tiver sido definitivamente julgada, ou quando o fato for suficientemente grave para justificar a intervenção do Tribunal Penal Internacional⁴⁷⁶. Esses requisitos se aplicariam a todos os Estados onde o criminoso estivesse presente.

Nesse sentido, Ojasvita Srivastava entende que o princípio da complementaridade está presente em muitas convenções, principalmente na Europa, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia só será ativado quando a jurisdição nacional estiver sem credibilidade e não existir alternativa⁴⁷⁷. O Tribunal Penal Internacional é a última chance no combate à criminalidade internacional⁴⁷⁸. Nessa linha, Jorge Bacelar Gouveia afirma que “é exactamente desta complementaridade substantiva que cura um dos mais estranhos e misteriosos preceitos do ERTPI”⁴⁷⁹.

Ou seja, por força do direito internacional penal, este deve ser subsidiário⁴⁸⁰ e complementar ao direito interno, representaria obter uma “força controladora necessária”. Desse modo, a subsidiariedade como outro meio de superação das incompatibilidades, refere-se à eventual dificuldade de consolidação das instâncias internacionais, prevendo a possibilidade de os Estados aplicarem o direito nacional para as condutas que não são incriminadas no Estatuto e a complementaridade que se estabelece com a prevalência das instituições internacionais, quando os Estados não puderem representar os valores da comunidade internacional, ou seja, quando revelarem má-fé ou incapacidade para persecução criminal⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Complementaridade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Volume 4, n. 24, São Paulo, Fevereiro – Março de 2004, pp. 7-9.

⁴⁷⁷ Nesse sentido Paolo de Stefani afirma “To construe a theory of complementarity by solely speculating on the positive wording of the ICC Statute would equate, to give just one example, to explaining the relationship between the European Court of Justice and the national courts only on the basis of the anodyne Article 220 of the EC Treaty, or to elucidate the subsidiarity principle in the European Union by making reference only to Article 5 of the same treaty.” STEFANI, Paolo de, 2005, ob. cit. p. 42.

⁴⁷⁸ “The principle of complementarity is recognised in many regional conventions, particularly in Europe. The principle is also voluntarily recognized by the English courts. The ICC is to be activated only when no credible domestic alternative exists. It is therefore called the court of last resort”. SRIVASTAVA, Ojasvita. 2009, ob. cit. p. 94, e STEFANI, Paolo de, 2005, ob. cit. pp. 40-41. Nesse sentido, Pedro Caetano sobre o princípio da complementaridade entende que “a justiça internacional em matéria penal deve ser administrada, em primeira linha pelos Estados, a quem incumbe o dever de incriminar as infracções mais graves contra o direito internacional e de lhes estender a sua jurisdição penal, nos termos mais latos permitidos pelo direito internacional público. Por isso o Tribunal só deve intervir quando os Estados não consigam ou não queiram cumprir essa obrigação internacional.” CAEIRO, Pedro, 2003, ob. cit. p. 46.

⁴⁷⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, 2004, ob. cit. p. 729.

⁴⁸⁰ No que se refere à subsidiariedade José Faria e Costa afirma “(...) o TPI ao julgar – e só o pode fazer, como se sabe, por via subsidiária – assume, sem dúvida alguma, uma dimensão comunitária.” COSTA, José Faria. *Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?*. Boletim da Ordem dos Advogados nº 21, 2002.

⁴⁸¹ CAEIRO, Pedro, 2001, ob. cit. pp. 57-59; CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 98 e PALMA, Maria Fernanda, 2001, ob. cit. pp. 10-11.

Nesses termos, a necessidade de proteger a dignidade humana, que constitui um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, segundo o artigo 1º da Constituição Federal, as autoridades brasileiras devem colaborar com o projeto internacional de repressão e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, conforme o artigo 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que o Tribunal Penal Internacional, dotado de independência e personalidade jurídica internacional, o que lhe permite celebrar acordos e assumir direitos e obrigações com quaisquer outros sujeitos de direito internacional público, qualifica-se como tribunal revestido de caráter supraestatal cuja competência penal vinculada materialmente nos termos do artigo 5º do Estatuto só pode ser legitimamente exercida tendo em consideração a jurisdição doméstica dos Estados Nacionais, com a estrita observância do postulado da complementaridade ou da subsidiariedade⁴⁸².

Contudo, durante a elaboração do Estatuto de Roma verificou-se a necessidade de preservação da soberania jurisdicional dos Estados, principalmente sobre as disposições conflitantes entre o Estatuto e as legislações internas dos Estados. Porém, a prevalência da jurisdição limitada do Tribunal Penal Internacional e a adoção do princípio da complementaridade foram questões decisivas para a aprovação do Estatuto, mas os Estados que não ratificaram o Estatuto continuam com seus agentes políticos imunes, enquanto não se priorizar uma jurisdição internacional é neste ponto que devemos modificar o entendimento para o Estatuto ser aplicado a todos os Estados, independentemente de ratificação.

Em suma, é por força do princípio da complementaridade que os Estados devem adequar a legislação nacional, caso ocorra crime de competência do Tribunal Penal Internacional no seu território ou que tenha sido praticado pelo respectivo nacional. Deve prevalecer a jurisdição universal, ou seja, caso um Chefe de Estado pise em território que seja parte do Estatuto, deve ser entregue ao TPI, ainda que a sua nacionalidade seja de um Estado não parte, pois o que se priorizam são as vítimas, os familiares das vítimas e a proteção da comunidade internacional como um todo.

Ainda que o crime seja perpetrado em território de Estado não parte, deve-se priorizar a entrega, caso a jurisdição interna não faça a investigação e punição do

⁴⁸² Disponível em www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo554.htm#transcricao1. Acesso em 10 de setembro de 2014.

criminoso. Primeiro sob o fundamento de que se trata de crime de *jus cogens* que geram obrigações *erga omnes* para todos os Estados independentemente de ratificação. Segundo, em razão da substituição das razões de Estado pelas razões da humanidade. Terceiro, em razão da proteção dos indivíduos, independentemente da soberania sobre o território, da origem, raça, nacionalidade, sexo e cor, conforme os ensinamentos de Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Luis de Molina e Hugo Grocio.

Óbvio que o Tribunal não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes praticados pelos seus nacionais ou em seus territórios, exceto quando os Estados se tornarem incapazes ou não demonstrarem vontade de punir seus criminosos, conforme o caso concreto. Portanto, a jurisdição do Tribunal não é estrangeira, é internacional, podendo afetar qualquer Estado⁴⁸³.

A cooperação internacional e o princípio da complementaridade ratificam a idéia de que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é subsidiária à jurisdição estatal, atuando somente quando o julgamento local tiver sido forjado para absolver o autor dos crimes definidos pelo Estatuto, ou quando a investigação e o processamento dos acusados demorarem injustificadamente⁴⁸⁴. Fato que não apoia o argumento de violação da soberania dos Estados.

O direito à liberdade confunde-se com a noção de soberania, que deixou de ser o direito absoluto e incontestável de outrora. Admitida a noção dessa soberania relativa, é lícito falar em direitos decorrentes da soberania interna e externa (que se confunde com o conceito de independência). A soberania interna representa o poder do estado em relação às pessoas e coisas dentro do seu território ou, melhor, dentro dos limites da sua jurisdição. Enquanto projeção interna, também poderia ser chamada autonomia. A soberania externa é competência conferida aos estados pelo direito internacional e manifesta-se na afirmação da liberdade do estado em suas relações com os demais membros da comunidade internacional. Enquanto projeção externa, confundir-se-ia, pois, com a independência. A soberania externa compreende vários direitos, podendo-se salientar: o de pactuar direitos e obrigações com outros sujeitos de direito internacional, por meio de tratados; o de legação ou de representação; o de igualdade e o de respeito mútuo⁴⁸⁵.

⁴⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2009, ob. cit. pp.42-49; e SABÓIA, Gilberto Vergne, 2000, ob. cit. p. 8.

⁴⁸⁴ RAMOS, Andre de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 275.

⁴⁸⁵ ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2012, p.448.

Não há violação de soberania porque o seu reconhecimento é confrontado com os seus próprios limites, pois ganha credibilidade a interdependência moral entre os Estados e faz nascer o princípio da responsabilidade⁴⁸⁶. Essa interdependência implica ausência de controle satisfatório do que se passa dentro de suas próprias fronteiras, por isso os Estados pedem cada vez mais cooperação e, em muitos casos, intervenção nos seus próprios assuntos, na espera de assegurar sua capacidade de regulamentação interna e internacional, instituindo uma soberania razoável perante a comunidade de responsabilidade⁴⁸⁷. Bem como na espera de obter novos rumos do conceito de soberania: uma soberania composta por um Estado democrático, um Estado de direito e um Estado protetor de direitos humanos.

Ademais, a ratificação do Estatuto de Roma é um ato de soberania realizado de acordo com a Constituição Brasileira e Portuguesa no que tange a celebração de tratados internacionais. Julga-se que esse entendimento fomentará a melhoria de todos os sistemas jurídicos nacionais de todos os Estados para desenvolver mecanismos processuais eficazes para repressão e punição dos crimes previstos no Estatuto, inexistindo diminuição ou restrição de soberania.

Ojasvita Srivastava dispõe que a soberania não protege os Estados das interferências externas, mas os obriga a respeitar os direitos fundamentais e os interesses dos Estados⁴⁸⁸. Boa parte dos Estados possui legislação nacional que permite seus tribunais de exercer a jurisdição universal sobre crimes de direito internacional, poucos desses Estados têm legislação cobrindo todos esses crimes e as disposições de jurisdição universal na legislação da maioria dos Estados ficam aquém em certos aspectos. Assim, o risco de que pessoas responsáveis pelos piores crimes poderiam viajar para ou mesmo residir nesses Estados com total impunidade. Por vezes, os Tribunais nacionais, quando não há definição precisa na legislação nacional, podem argumentar que os processos seriam inconsistentes com o princípio fundamental da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Sobre a responsabilidade internacional dos Estados SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 184.

⁴⁸⁷ BADIE, Bertrand. 1999, ob. cit. pp. 112-117.

⁴⁸⁸ SRIVASTAVA, Ojasvita. *The International Criminal Court: The Zeitgeist. Civil Law Studies: An Indian Perspective*, Edited by Anthony D'Souza and Carmo D'Souza. Cambridge Scholars Publishing, 2009, p. 99

⁴⁸⁹ HALL, Christopher Keith. *Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool. In Justice for Crimes Against Humanity*, Edited by Mark Lattimer And Philippe Sands Hart Publishing Oxford And Portland, Oregon, 2003, p.62.

Algumas Constituições ou legislações nacionais preveem que a legislação internacional, seja convencional ou consuetudinária, faça parte da legislação nacional, automaticamente ou após a aceitação pelo Estado, e, geralmente, substituem a legislação nacional, sendo suficiente para permitir a jurisdição universal sobre crimes internacionais. Contudo, para outros Estados, com o objetivo de impedir a responsabilidade de seus agentes políticos, essa regra não será aplicada, ou seja, não havendo lei interna, não haverá investigação, repressão ou entrega. Por isso, vislumbra-se a necessidade de adaptação da soberania punitiva do Estado brasileiro, do português e de todos os demais Estados aos princípios de Direito Internacional Penal, justificado pela necessidade de incriminação e do interesse da comunidade internacional, da humanidade, na qual o Estado apenas será órgão ou expressão particular⁴⁹⁰. Defende-se a jurisdição universal do TPI para todos os Estados que porventura queiram fundamentar a impunidade na ausência de legislação.

É infundada a crítica de que o Tribunal Penal Internacional invade indiscriminadamente a esfera das soberanias nacionais quanto à concretização do Direito Penal e Processual Penal. Os Estados conscientes de suas limitações territoriais e estruturais de persecução criminal buscam na cooperação internacional um meio de evitar a impunidade na comunidade internacional, diante de um mundo globalizado.

Nesse sentido, Pedro Caeiro afirma que,

O Estado goza de uma ampla liberdade no exercício da sua jurisdição penal. Essa liberdade legitima-se formalmente através do dispositivo da soberania, na sua veste de mecanismo de delimitação internacional de poderes (independência); mas o seu fundamento material encontra-se à semelhança do que sucede com os restantes titulares da jurisdição penal não-estaduais – na responsabilidade pela paz e a segurança da comunidade sob o seu domínio”⁴⁹¹.

Por fim, a soberania é um princípio do qual deriva toda a autoridade e oponível às pretensões ou a críticas dos outros, estando presente “nos conflitos mais medíocres, serve de guarda-chuva às manobras mais cínicas e é chamada para ilustrar os direitos mais diversos”⁴⁹². O princípio da responsabilidade substitui o da soberania, pois cada Estado é responsável pela sobrevivência do planeta, pelo seu desenvolvimento e pelos

⁴⁹⁰ PALMA, Maria Fernanda. 2001, ob. cit. p. 36.

⁴⁹¹ CAEIRO, Pedro, 2007, ob. cit. p. 557. Afirma também que “Não podemos, por isso, acompanhar aqueles que associam exclusivamente a exigência de certas condições para a cooperação judiciária internacional à *quase absoluta soberania dos Estados*”.CAEIRO, Pedro, 2004, ob. cit. p. 118.

⁴⁹² BADIE, Bertrand. 1999, ob. cit. p. 87.

seus valores constituídos e universais na proteção dos direitos humanos e na repressão à criminalidade.

Tendo por base a jurisdição universal, o direito natural pelos fundadores do direito internacional, os crimes de *jus cogens*, qual seria o empecilho para que os agentes políticos sejam responsabilizados por graves violações de direitos humanos, ainda que seus Estados não sejam parte? Os únicos argumentos seriam: o respeito à soberania estatal e as imunidades dos agentes. Argumentos que não devem prevalecer diante do atual Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Pode, pois, afirmar que a existência de um abrandamento ou relativização da soberania. Desde o pensamento de Vitoria e Grotius a soberania não pode ser vista como poder absoluto e inatingível a partir de sua idéia ética e jusnaturalista em que consegue manter a soberania dentro de certos limites, presentindo algo que já se assemelha a uma sociedade mundial, o que temos atualmente⁴⁹³. Nesse sentido, Bertrand Badie sublinha sobre o desdobramento do conceito de soberania, em que o ato de cessão dos Estados ao progresso de uma comunidade de segurança e de integração regional cria uma nova ordem de opções políticas e em instituições que relativizam o conceito de soberania como secretariados permanentes, grupos de trabalho interestatais, conselhos de ministros ou mesmo tribunais de arbitragem⁴⁹⁴.

A ideia de soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e onipotência do Estado, possibilitando sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado hoje é responsável por todos os seus atos, tanto os atos de gestão – *jus gestionis* – como os atos de império – *jus imperi* – bem como por todas as suas omissões. Em caso de violação de direitos humanos justifica-se o acesso direto do indivíduo à jurisdição internacional para a responsabilização do Estado. O indivíduo é sujeito de direito tanto no âmbito interno como no âmbito internacional⁴⁹⁵.

A soberania é utilizada como uma das objeções mais comuns para o exercício da jurisdição universal que não possui relevância quando presente crimes internacionais. O Estado está agindo em nome de todos os Estados da comunidade internacional. Também

⁴⁹³ *Ibid*, p. 27.

⁴⁹⁴ *Ibid*, pp.105 – 111.

⁴⁹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Volume III, 2003, p. 456. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts. Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence*. The Hague: Asser Instituut, 1996, p. 157-167. GLASER, Stefan. *Les droit's de l'homme à la lumière du droit international positif. Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117.

se alega que o exercício da jurisdição universal conduziria a tensões internacionais, fato que não ocorreu no caso Pinochet entre Chile, por um lado, e a Bélgica, França, Espanha, Reino Unido e Suíça, por outro lado, ou seja, nunca levou a uma ruptura nas relações diplomáticas. Tem-se afirmado que isso poderia levar a julgamentos simulados de retaliação contra os nacionais do Estado que processou e julgou ou extraditou ou entregou ou que os Estados vão se utilizar da jurisdição universal para alcançar fins políticos, mas o Tribunal Penal Internacional é composto por juízes e promotores eleitos de maneira imparcial⁴⁹⁶.

Desconsiderando o ideal de soberania absoluta, o combate à impunidade deve ser a atuação de todos os Estados, que serão responsáveis internacionalmente diante da negligência, imparcialidade ou inércia na persecução contra o agente político ou indivíduo, autor de crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma. Caso não tenha competência para processar e julgar no prazo razoável ou de maneira imparcial, que seja feita a entrega ao Tribunal Penal Internacional.

A questão é que a responsabilidade internacional do Estado existirá diante da negligência na apuração e na investigação em prazo razoável de crimes cometidos no âmbito interno. Também, ocorrerá a responsabilização internacional criminal se a autoridade pública cometer crime de genocídio, crime contra humanidade ou crime de guerra ou crime de agressão e não for responsabilizada no âmbito interno, sendo levada à instância internacional - Tribunal Penal Internacional. Porém, se esta autoridade estatal for apenas responsável pelos atos de investigação e cooperação e prejudicar/inviabilizar todos os atos de cooperação ao TPI para a elucidação do fato criminoso? Dificilmente ela será responsabilizada no âmbito interno, principalmente se ocupar cargo de mais alta relevância.

4.4 - Exoneração da responsabilidade: imunidades e crimes internacionais

O *Réglement* de Viena, de 19 de março de 1815 foi considerado o primeiro marco de positivação das regras sobre imunidades e privilégios de agentes do Estado, ainda que anteriormente a proteção se consolidasse por intermédio dos costumes internacionais. As imunidades têm procedência consuetudinária, sendo esta

⁴⁹⁶ HALL, Christopher Keith. *Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool. In Justice for Crimes Against Humanity*, Edited by Mark Lattimer And Philippe Sands Hart Publishing Oxford And Portland, Oregon, 2003, p.57.

caracterizada pelo comportamento constante em relação a determinados atos e necessidades específicas na convivência entre os Estados ao longo do tempo⁴⁹⁷.

Posteriormente os costumes internacionais que tratavam da imunidade de jurisdição dos agentes diplomáticos e dos consulares foram positivados na Convenção de Viena de 1961 que versa sobre as relações diplomáticas e na Convenção de 1963, que versa sobre relações consulares⁴⁹⁸. Segundo Cicco Filho, as imunidades são essenciais para os representantes do Estado acreditante, sendo evidente que as missões devem exercer as funções que lhe são incumbidas isentas de qualquer ameaça. Deve se atentar para o fato de que a imunidade não assegura ao agente superioridade em relação à lei, pois este poderá ser processado pelo seu Estado de origem. Além disso, a imunidade não exime a obrigação de respeitar as leis locais, conforme disposto no artigo 41, §1º, da Convenção de Viena de 1961⁴⁹⁹.

Entre outros temas, essas Convenções estipulam normas de administração e protocolo diplomáticos e consulares, visando proteger a “pessoa” da missão diplomática de ataques contra sua liberdade e dignidade. A Convenção sobre Relações Diplomáticas estipula alguns privilégios aos chefes de missões estrangeiras e membros de sua comitiva, ao Embaixador, funcionários do corpo diplomáticos, e suas respectivas famílias e a funcionários das organizações internacionais quando em serviço⁵⁰⁰.

Ficam imunes às consequências da lei do Estado acreditado, sujeitando-se às leis dos seus países de origem. A imunidade diplomática não impede a investigação, mesmo que para processamento no seu país de origem. Como exemplo, o caso do diplomata georgiano Gueorgui Makharadze, que em virtude de um acidente de trânsito causou a morte da brasileira Joviane Waltrick, de 16 anos, em Washington, ao dirigir alcoolizado e a 130 km/h. Quando um diplomata se envolve em um acidente, há algumas sanções possíveis: o país onde aconteceu o acidente pode declará-lo *persona non grata* e expulsá-lo e o país do diplomata pode processá-lo ou retirar sua imunidade. Essa última opção foi escolhida pela Geórgia, em 1997, para o caso de Gueorgui Makharadze, que foi condenado à prisão⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 482.

⁴⁹⁸ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 975.

⁴⁹⁹ SICARI, Vincenzo Rocco. *O direito das relações diplomáticas*. Vincenzo Rocco Sicari; Leonardo Nemer caldeira Brant, coordenador da coleção, Belo Horizonte: Del Rey. 2007 p. 30.

⁵⁰⁰ MURPHY, Sean D. *Principles of international Law*. Saint Paul: Thomson West, 2006.

⁵⁰¹ MURPHY, Sean D. *Principles of international Law*. Saint Paul: Thomson West, 2006.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas também prevê a proteção do espaço usado pela missão diplomática, pelo pressuposto da inviolabilidade dos locais consulares: são invioláveis na medida da utilização funcional. Ou seja, ao contrário do senso comum popular, o espaço das missões diplomáticas, como as embaixadas, não são “espaços soberanos” ou território do Estado acreditante, mas sim espaços dotados de imunidade diplomática, não podendo, por exemplo, armazenar armas nucleares ou ser o espaço para realização de crimes internacionais. Já os arquivos e documentos consulares são, assim como os arquivos e documentos diplomáticos, invioláveis onde quer que eles estejam⁵⁰².

A imunidade diplomática contribui para um bom relacionamento entre os Estados ao permitir que os representantes exerçam suas funções sem o risco de retaliações por parte dos Estados acreditados, conferindo assim, efetividade e segurança às missões diplomáticas e, conseqüentemente, à diplomacia, sendo consideradas imprescindíveis para sua realização e existência. Nessa acepção, o principal efeito da aplicação do princípio da imunidade jurisdicional dá-se no âmbito do direito processual internacional, à medida que aquela norma atua afastando as regras de competência internacional do Estado local, impedindo assim o exercício da jurisdição nacional nos litígios em que o beneficiário da imunidade está envolvido. Tal isenção pode se dar tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução.

A Convenção de Viena sobre as relações Consulares positivou o costume internacional acerca do tratamento dispensado aos agentes consulares, segundo o princípio de assegurar a realização eficaz de suas funções. Os funcionários consulares de carreira gozam de privilégios e imunidades mais restritos do que os agentes diplomáticos. Eles só possuem imunidades para os atos praticados no exercício de suas funções. Só podem ser detidos ou presos por crime grave e depois de uma decisão de autoridade judiciária competente. Podem prestar depoimentos quando requisitados, mas não são obrigados a fazê-lo. Tem isenção fiscal, assim como seus familiares, nas mesmas regras dos Agentes Diplomáticos⁵⁰³.

As imunidades dos funcionários internacionais, ou seja, funcionários de Organizações Internacionais são extensões das imunidades do organismo internacional de que estão a serviço. Desfrutam de imunidades semelhantes aos concedidos para diplomatas e cónsules. Exemplo do caso do Relator Especial da Comissão de Direitos

⁵⁰² *Idem.*

⁵⁰³ MURPHY, Sean D. *Principles of international Law*. Saint Paul: Thomson West, 2006.

Humanos das Nações Unidas – o jurista malaio Dató Param Cumaraswamy que noticiou na imprensa que planejava investigar o sistema judiciário da Malásia, que estaria sendo manipulado por pessoas de prestígio naquele país. Cumaraswamy citou, numa entrevista, um caso em que as cortes malaias teriam aparentemente dado tratamento diferenciado a um influente escritório de advocacia. Em consequência, quatro ações indenizatórias foram ajuizadas em face do Relator na Malásia⁵⁰⁴.

O Secretário-Geral das Nações Unidas requisitou ao Governo malaio que informasse ao Judiciário que o Relator era beneficiário de imunidade de jurisdição, entendimento divergente da declaração do Ministro das Relações Exteriores da Malásia, que afirmou que a imunidade só poderia subsistir em se tratando de palavras ditas ou escritas no curso do exercício oficial de sua missão. O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas requisitou então à Corte Internacional de Justiça, que, em seu parecer, entendeu que o Secretário-Geral havia procedido corretamente ao decidir que o Relator Especial havia se pronunciado no âmbito de sua função oficial e que, portanto, gozava de imunidade perante a Justiça malaia. Observa-se assim que no âmbito das imunidades do pessoal a serviço das Nações Unidas o poder-dever de qualificar as atividades dos agentes como oficiais ou não e de dar a palavra final sobre suas imunidades estaria ainda concentrado no nível internacional⁵⁰⁵.

Mesmo no caso dos funcionários menos graduados e dos peritos, entende-se que o papel dos tribunais nacionais nesse particular é restrito. Do contrário, poder-se-ia considerar que o risco de ameaça à independência das organizações seria demasiado grande.

Primeiramente, é importante fazer a distinção entre duas categorias de imunidades previstas no direito internacional: a funcional (*ratione materiae*) e imunidades pessoais (*ratione personae*). A primeira categoria é fundamentada na noção de que os Estados devem respeitar as organizações internacionais de outros Estados e não podem, portanto, interferir na estrutura de Estados estrangeiros ou na fidelidade de um funcionário do Estado, ou seja, nenhum agente do Estado deve prestar contas a outros Estados para atos praticados em caráter oficial e que, portanto, a possível responsabilidade deve ser atribuída ao Estado.

Ainda sobre a imunidade funcional – *ratione materiae* - esta se refere ao direito material, isto é, é defesa substancial. Embora o agente do Estado não esteja exonerado

⁵⁰⁴ *Idem.*

⁵⁰⁵ *Idem.*

do cumprimento de direito internacional ou do direito material do país estrangeiro, se houver violação de direito nacional ou internacional, esta não lhe será legalmente imputável, mas sim ao seu Estado. Esta imunidade abrange atos oficiais de qualquer Estado ou fato proveniente do Estado, sendo que o ato deve estar legalmente atribuído ao Estado, portanto, qualquer violação legal é de responsabilidade do Estado. Tem característica *erga omnes*, ou seja, pode ser invocado por qualquer outro Estado.

Dito de outro modo, essas imunidades cobrem as atividades realizadas por cada funcionário do Estado no exercício de suas funções, independentemente de onde estejam sendo exercidas. Tais imunidades podem ser alegadas por qualquer Estado estrangeiro.

O fundamento é que as atividades não são realizadas pelo oficial de Estado em sua capacidade privada, mas em nome do Estado, portanto, são imputáveis ao Estado a que pertence, de modo que - por questão de princípio - o indivíduo não pode ser responsabilizado por eles⁵⁰⁶.

A imunidade funcional não se estende aos atos praticados a título privado, apenas aos atos praticados em caráter oficial. Não cessa quando o funcionário deixa o serviço do governo, ou seja, ex- funcionários do Estado continuam imunes para os atos praticados enquanto sirvam ao Estado⁵⁰⁷.

A Comissão de Direito Internacional entende que:

As imunidades *ratione materiae* são conferidas em benefício do Estado, e o fato de as funções oficiais dos representantes não serem mais as mesmas ou terminarem não tem sobre elas qualquer incidência. Não é possível processar um antigo Chefe de Estado estrangeiro em razão de um fato ocorrido no exercício de suas funções oficiais. A imunidade subsiste mesmo quando a missão ou o encargo do interessado termina. Isso se deve ao fato de que a imunidade em questão não somente pertence ao Estado, mas é fundada no caráter soberano ou oficial das atividades.⁵⁰⁸

A segunda categoria – *ratione personae* - é baseada na noção de que qualquer atividade de um Chefe de Estado ou agente diplomático deve ser imune à jurisdição estrangeira. Isso é para evitar a interferência dos Estados estrangeiros ou infringir prerrogativas soberanas dos Estados ou interferir com um ato exclusivamente privado.

⁵⁰⁶ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 975.

⁵⁰⁷ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 152.

⁵⁰⁸ Rapport de la Commission à L'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-troisième session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1(Part2).

Essa categoria de imunidade só é concedida a algumas classes específicas de indivíduos que executam funções do Estado no exterior e pertencem ao estatuto particular do titular, destinadas a lhe permitir exercer funções oficiais dentro do território de um Estado estrangeiro. Essas imunidades cobrem todos os atos praticados por funcionário do Estado, mesmo realizadas durante, ou antes, de assumir sua função oficial, dentro ou fora do território do Estado estrangeiro em questão⁵⁰⁹.

Tal imunidade pode ser retirada a pedido pelo Estado do órgão que o indivíduo pertence. Além disso, essas imunidades são perdidas quando a pessoa termina suas funções no exterior, diferente das imunidades relativas aos atos oficiais que continuam mesmo depois que o funcionário do Estado abandona seu posto⁵¹⁰.

A distinção entre as imunidades manifesta-se quando a imunidade pessoal apreciada pelos chefes de Estado alcança a imunidade funcional, uma vez que estes são equiparados ao Estado "agindo nessa qualidade" isto é, quando eles agem na sua capacidade oficial. Embora a utilidade na distinção analítica entre imunidade funcional e pessoal seja amplamente reconhecida, deve-se notar que a Corte Internacional de Justiça não se refere à categorização de imunidade "ratione personae" e "ratione materiae" ao se pronunciar sobre o alcance da imunidade que resultem para funcionários do Estado. A CIJ considerou que os atos de representantes do Estado são os atos realizados em uma capacidade oficial ou a título privado, enquanto estiverem em serviço ou fora dele, sem usar essa denominação específica⁵¹¹.

No âmbito interno, existem também as imunidades processuais nos tribunais nacionais, nos termos das legislações de cada Estado. Destinam-se a proteger apenas algumas categorias de funcionários do Estado, os Chefes de Estado e de Governo, membros do Conselho de Ministros e parlamentares. Aplica-se também a outros membros superiores de Governo e se encerra com o fim das funções oficiais do agente do Estado.

As imunidades concedem, por vezes, a isenção de jurisdição ou estabelece procedimentos especiais de responsabilização criminal, como o foro por prerrogativa de função. Abrangem crimes comuns que não tenham ligação com as atividades desenvolvidas, antes ou durante o exercício das funções.

⁵⁰⁹ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 976.

⁵¹⁰ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 977.

⁵¹¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J. 3, 74-75 (Feb. 14) (Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

O fundamento dessas imunidades nacionais está no princípio da separação de poderes e na necessidade de proteger os órgãos estaduais - Chefes de Estado - da interferência de outros órgãos do Estado que poderiam comprometer a sua independência ou ação política.

Referem-se à lei processual, ou seja, torna o funcionário do Estado imune por atos realizados antes de assumir o cargo e durante o exercício de suas funções, no que diz respeito a atos privados, em outras palavras, assegura inviolabilidade total. Mais uma vez, estas podem ser imunidades *ratione materiae*, relativas às atividades realizadas no exercício de funções oficiais, que continuam após renunciar as funções. Ou podem ser imunidades *ratione personae* que fazem o titular apenas isentos da jurisdição dos tribunais nacionais, mantendo a sua posição oficial. Na maioria dos países, as imunidades pessoais podem ser aplicadas ao abrigo de procedimentos especiais⁵¹².

Contudo, qual o entendimento que deve prevalecer quando os agentes do Estado no exercício das suas funções ou não praticam crimes internacionais? As imunidades prevalecem? Julga-se que não, ou seja, deve haver a desconsideração das imunidades.

Pode-se compreender que um dos possíveis obstáculos para julgamento internacional por crimes internacionais pode ser constituído por regras destinadas a proteger o arguido e conceder-lhe imunidade, principalmente àqueles vencidos ao abrigo do direito consuetudinário, como a imunidade de Chefe de Estado, por força das chamadas imunidades funcionais.

Em princípio, um indivíduo agindo em nome de um Estado soberano não pode ser chamado a responder por violações do direito internacional que ele possa ter cometido ao atuar em uma função oficial, neste caso, apenas o Estado responde internacionalmente. Aplicam-se aos Diplomatas, Cônsules e Chefes de Estado.

As imunidades concedidas pelas regras consuetudinárias ou por tratados internacionais para algumas categorias de indivíduos por causa de suas funções se destina a proteger tanto a sua vida particular quanto a vida pública, ou seja, para torná-los invioláveis no exercício do mandato. Tais indivíduos compreendem Chefes de Estado, agentes diplomáticos, consulares, agentes de alto escalão das organizações

⁵¹² CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 979.

internacionais, como acima detalhado. Estas imunidades são importantes para o fiel cumprimento de sua missão oficial livre de qualquer impedimento ou interferência⁵¹³.

A regra tradicional era de que um funcionário do Estado em suas funções oficiais sempre goza de imunidade pessoal e goza de imunidade funcional, mesmo nos casos de crimes internacionais. A imunidade pessoal prevalece mesmo no caso da alegada prática de crimes internacionais e ao Estado caberia processá-lo por esses crimes, desde que cumprisse com os procedimentos previstos na legislação nacional – imunidades – prerrogativas de foro.

Contudo, o entendimento pelo qual os altos funcionários do Estado não poderiam ser responsáveis por atos praticados no exercício das suas funções oficiais foi significativamente desconsiderado após a Segunda Guerra Mundial, quando os tratados internacionais e decisões judiciais estabeleceram que este escudo não deve prevalecer mais sobre os altos funcionários do Estado acusados de crimes de guerra, crimes contra a paz ou contra a humanidade. Mais recentemente, essa situação foi estendida para a tortura e outros crimes internacionais.

Nesse sentido, Michel Cosnard defende uma evolução em relação às condutas de representantes estatais no campo penal no que tange a “atos que colocam em risco os fundamentos da comunidade internacional e revoltam a consciência de todos os homens”⁵¹⁴. A luta contra a impunidade e a crescente jurisdicionalização no âmbito internacional são os motivos principais pela mudança de paradigma.

Parece indiscutível que até agora uma regra geral internacional tenha evoluído sobre o assunto. Inicialmente essa regra só se aplicava a crimes de guerra que protegia qualquer membro das forças armadas dos Estados beligerantes, independentemente da sua categoria e posição. Porém, as principais disposições do Acordo de Londres de 1945 -Tribunal de Nuremberg- foram gradualmente transformando-se em direito consuetudinário, principalmente o previsto no artigo 7º (A posição oficial do réu seja como Chefe de Estado ou funcionário responsável em departamentos do governo, não deve ser considerada para retirar-lhe a responsabilidade ou mitigar castigo), que veio a adquirir status de norma internacional consuetudinária⁵¹⁵.

⁵¹³ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press Inc., New York, 2003, p. 264. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J. 3, 74-75 (Feb. 14) (Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

⁵¹⁴ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional Penal: Imunidades e anistias*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 49.

⁵¹⁵ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press Inc., New York, 2003, p. 267. JESCHECK, Hans-Heinrich. *The General Principles of International Criminal Law Set Out in*

Alguns casos comprovam a existência de uma norma costumeira, quando oficiais militares dos Estados foram levados a julgamento, principalmente quando acusados de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, quando não poderiam invocar perante os tribunais nacionais a sua capacidade oficial como defesa válida. É certo que, na maioria desses casos, os acusados não contestaram a jurisdição, apenas alegaram que agiam como funcionários do Estado e ao seu serviço.

O fato é, porém, que os tribunais se pronunciaram sobre os atos praticados por esses funcionários no exercício das suas funções. O fracasso do acusado para levantar a defesa de agir em nome do seu Estado mostra que eles estavam cientes de que tal defesa teria sido em vão.

Uma das conclusões mais importantes e influentes do Tribunal foi que toda pessoa diretamente pode ser sujeito de obrigações sob o direito internacional, incluindo a possibilidade de responsabilidade por violações criminais. Essa afirmação anunciou o fim da doutrina clássica segundo a qual apenas os Estados possuíam personalidade jurídica internacional em lei. Adotou-se o princípio geral segundo o qual "os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas". Assim, o tribunal enviou uma mensagem ao mundo e fez um apelo ao direito internacional para estabelecer um tribunal penal internacional no futuro.

O Tribunal Penal Internacional pôs esta nova perspectiva sobre o direito internacional, reflexo do Tribunal de Nuremberg, por intermédio do princípio em que qualquer pessoa que comete um ato que constitui um crime sob o direito internacional é responsável e passível de punição. A exposição de motivos do Estatuto de Roma trouxe o significado universal do princípio da responsabilidade individual penal diretamente do raciocínio do Tribunal Militar⁵¹⁶.

O réu invocava para sua defesa que agiu em sua capacidade oficial e, portanto, era imune a processos. Isso, por exemplo, aconteceu no julgamento em Jerusalém de Adolf Eichmann na década de 60, em que o acusado levantou a questão da Lei de Estado, porém o Tribunal compreendeu que os agentes do Estado no exercício das suas

Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute. Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pp. 38-55, p. 44.

⁵¹⁶JESCHECK, Hans-Heinrich. *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute.* Journal of International Criminal Justice 2 (2004), pp. 38-55, p. 43.

funções não podem ser imunes à responsabilidade penal se cometerem crimes internacionais⁵¹⁷.

Também se pode entender que maior parte dos casos que envolvem crimes internacionais são praticados por oficiais militares. No entanto, seria insustentável aplicar uma regra costumeira em relação aos membros das forças armadas e não para todos os agentes do Estado que cometam crimes internacionais. Além disso, é notável que a Suprema Corte de Israel em *Eichmann* e, mais recentemente vários tribunais de primeira instância, a exemplo do Tribunal para ex-Iugoslávia têm sustentado que as disposições dos, respectivamente, artigo 7º da Carta de Nuremberg e o artigo 7º (2) do Estatuto do Tribunal para Ex-Iugoslávia (ambos relacionados a qualquer pessoa acusada de um dos crimes previstos nos respectivos Estatutos) refletem uma norma de direito internacional consuetudinário.

Além disso, importantes manuais militares nacionais, por exemplo, os emitidos em 1956 nos Estados Unidos e em 1958 no Reino Unido, determinavam que a pessoa que tenha cometido um crime internacional e agisse como um funcionário do governo não constitui uma defesa disponível para absolvição. Isso se deve também à Assembleia Geral da ONU que aprovou por unanimidade a Resolução nº 95, na qual reconheceu os princípios da Carta do Tribunal de Nuremberg e o acórdão do Tribunal como norma de direito internacional. Esses princípios incluem os formulados, em 1950, pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Todos esses princípios a Suprema Corte de Israel observou em *Eichmann* e "tornaram-se parte do direito das gentes e deve ser considerado como tendo sido enraizados desde o passado." ⁵¹⁸.

A Corte Internacional de Justiça, em relação ao crime de genocídio e sob a lei costumeira, implicitamente admitiu que o status oficial do agente não o exime de responsabilidade. Em seu Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção sobre Genocídio, o Tribunal considerou que os princípios subjacentes à Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como vinculativos para os Estados, mesmo sem obrigação convencional. Entre esses princípios não se pode deixar de incluir o princípio subjacente ao artigo IV "Pessoas que cometer genocídio serão punidas (...) mesmo que existam regras constitucionais de proteção de funcionários públicos ou de particulares"⁵¹⁹.

⁵¹⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Companhia das Letras: São Paulo, 1999.

⁵¹⁸ CASSESE, Antonio, ob. cit. 2003, p. 269.

⁵¹⁹ *Idem*.

As imunidades perante os tribunais internacionais nos casos de crimes internacionais possuem entendimento de que não devem prevalecer. Porém, a questão que merece ser solucionada é a questão das imunidades de Chefes de Estado no âmbito da jurisdição interna e a distinção entre Chefes de Estado em exercício e os antigos Chefes de Estado. O caso Pinochet reabriu os debates.

Os Lords Millet e Phillips de Worth Matravers na Câmara dos Lordes, em 24 de março de 1999, no caso Pinochet, consideraram, com relação a qualquer agente do Estado sênior, que a imunidade funcional não pode desculpar crimes internacionais⁵²⁰.

Segundo M. Cherif Bassiouni, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda também suprimiram a imunidade substantiva por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Foi de acordo com essa disposição que Slobodan Milosevic foi indiciado pelo TPY, enquanto era Chefe de Estado da República Federal da Iugoslávia⁵²¹.

Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal Brasileiro sobre o primeiro pedido de entrega do Presidente do Sudão, em exercício:

Para o Direito internacional, o Chefe de Estado é, à semelhança dos agentes diplomáticos e do Ministro das Relações Exteriores, um dos órgãos competentes para a manutenção das relações internacionais do Estado. Com a relativização da imunidade de jurisdição, ultrapassou-se a idéia vigorante da competência nacional exclusiva, onde se defendia que, pelo critério material, certos assuntos, ainda que regidos pelos tratados internacionais, somente seriam sujeitos à competência interna. A responsabilização dos Estados e de seus governantes pelos seus atos e omissões acolheu a noção da consciência jurídica universal, em que “el orden internacional de las soberanías cedía terreno al de la solidaridad”. Mais uma vez, destaca-se que as regras do Direito brasileiro concernentes às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função são de ordem interna e não podem ser impostas pelo Brasil aos demais Estados ou órgãos internacionais. Deve-se atentar que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são, em sua grande maioria, perpetrados por indivíduos que utilizam as imunidades e os privilégios atinentes aos seus cargos como modo de permanecerem impunes. E é

⁵²⁰ Pinochet perdeu sua imunidade *ratione materiae* em virtude da ratificação pelo Chile da Convenção sobre Tortura. Nesse caso, a indisponibilidade de imunidade funcional não derivou do direito consuetudinário, e sim do tratado. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press Inc., New York, 2003, p. 268. PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Janeiro-Março, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.23.

⁵²¹ BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. Publicado em Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Disponível na versão em língua espanhola *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*. Disponível em http://www.cdih.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf. Acesso em 27 de janeiro de 2014.

justamente contra os agentes políticos que o funcionamento do Poder Judiciário mais se tem mostrado ineficaz, incentivando-se a criação de um mecanismo capaz de evitar que a impunidade pusesse em risco a paz e a segurança internacional e os direitos fundamentais dos indivíduos⁵²².

Igualmente com o intuito de prevenir qualquer espécie de incompatibilidade, o Projeto de Lei brasileiro nº 4.038/2008 previu, em seu artigo 6º, que o exercício de função política, bem como de cargo ou função pública, civil ou militar, não exclui o crime, não isenta o agente de pena, nem constitui, por si só, motivo para sua redução.

Nas palavras de Constantin Eustathiades, a responsabilidade internacional abarca tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos, no caso, o processamento e julgamento do Presidente do Estado sudanês⁵²³.

A proteção dos Direitos Humanos como novo desafio para a imunidade dos Estados e de seus funcionários fez com que a posição do indivíduo sob a lei internacional tenha evoluído consideravelmente nas últimas décadas. A lei reconheceu os indivíduos como pessoas com direitos fundamentais e remédios para as violações desses direitos. Ao mesmo tempo, a perspectiva de execução internacional desses direitos ainda é incerta, já que o desenvolvimento de mecanismos de adjudicação está ainda em fase embrionária. Como resultado, vítimas de violações de direitos humanos internacionais começaram a explorar outros caminhos para obtenção de reparação, nomeadamente recorrendo a ações civis em tribunais nacionais e internacionais.

No entanto, é especificamente em nível nacional que seus esforços para obter reparação pela violação de direito internacional são suscetíveis de encontrar o obstáculo da doutrina da soberana imunidade. Com base no reconhecimento do estatuto reforçado do indivíduo, aumenta a pressão sobre os Estados para levantar os obstáculos que impedem as vítimas de obter reparação e de concretizar a responsabilização criminal. Alguns instrumentos não vinculativos que enfatizam o dever dos Estados de pagar

⁵²² Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625. PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Estrutura normativa das relações internacionais*. RJ: Forense, 2008. p. 257-258. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. RJ: Renovar, 2002. p. 551.

⁵²³ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A responsabilidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional*, in ANNONI, Danielle (coord.) e outros. *Os novos conceitos do novo Direito Internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos*. RJ: América Jurídica, 2002. P. 1/31.

remédios para vítimas de violações do direito internacional, por exemplo, têm-se multiplicado, priorizando a proteção da humanidade⁵²⁴.

Em 2002, a entrada de em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional reafirmou que indivíduos podem ser penalmente responsáveis por crimes internacionais para "pôr fim à impunidade" e ressalta o Estatuto de Roma que o status de oficial como representante do Estado irá em nenhum caso isentar [os autores destes crimes] de responsabilidade criminal nem impedir que o Tribunal exerça a sua jurisdição. Além disso, o Estatuto de Roma inclui a notável inovação de permitir as vítimas de participar nas deliberações e de obter alguma forma de reparação para o seu sofrimento.

Diante disso, a percepção de que a imunidade absoluta seria injusta para as violações do direito internacional foi ainda alimentada pelo reconhecimento progressivo do estado superior de normas internacionais consideradas de maior peso normativo. Essas normas, conhecidas como normas *jus cogens* servem como um controle sobre as ações de todos os Estados. Como discutido no segundo capítulo, é a norma mais elevada na hierarquia emergente de regras internacionais⁵²⁵.

No sentido da irrelevância das imunidades também para os Estados, duas decisões proferidas pelos tribunais nacionais referentes a atos cometidos por agentes de Estado que lidavam com violações das leis humanitárias durante a Segunda Guerra Mundial são frequentemente citadas em apoio a uma nova percepção de "direitos humanos" e a exceção à imunidade funcional. Em 2000, o Supremo Tribunal grego, diante de uma ação civil por danos decorrentes de crimes cometidos contra a população civil de uma aldeia grega, rejeitou a alegação de imunidade da Alemanha quatro anos mais tarde. No caso Ferrini, o Tribunal de Cassação italiano negou a imunidade à Alemanha numa ação de indenização apresentados por um Civil italiano que tentou sem sucesso obter uma indenização em tribunais alemães para sua deportação para um

⁵²⁴ Preâmbulo da Resolução nº60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005) (adopting "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law").

⁵²⁵ A prática dos Estados e jurisdições internacionais identificaram muitas regras do direito internacional como sendo normas *jus cogens*, como a proibição do uso da força enunciado na Carta da ONU, a proibição da tortura, a pirataria, bem como a proibição do genocídio. As imunidades não podem restringir a responsabilização internacional em detrimento da proteção dos valores considerados importantes para a comunidade internacional. Como afirmado pela CIJ, "a característica comum das normas *jus cogens*, ou a um grande número deles, evidentemente, é que elas envolvem não só normas jurídicas, mas também, considerações da moral e da boa ordem internacional." Special Rapporteur Third Report on Law of Treaties, Commentary on art. 17, 76, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1., reprinted in 2 Y.B. INT'L L. CoMM'N 41 (1958). KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183. P. 153. (?)

campo de trabalhos forçados⁵²⁶. No entanto, os tribunais do Canadá, Inglaterra e França têm defendido imunidade em relação a processos cíveis de indenização intentadas contra Estados estrangeiros por violações graves dos direitos humanos, mesmo quando as normas violadas fazem parte do *jus cogens*.

A imunidade pessoal apreciada por certos funcionários de alto escalão durante o seu cargo nos processos civis e criminais infelizmente continua a ser a regra. Conforme destacado pela CIJ no mandado de detenção em que "no direito internacional que está firmemente estabelecido, certos titulares de alto escalão de um Estado, como o Chefe de Estado, o Chefe do Governo e Ministro dos Negócios Estrangeiros, aproveita as imunidades de jurisdição de outros Estados, tanto civil como criminal⁵²⁷". Nesse caso, a CIJ se viu incapaz de deduzir a partir da prática de Estado que existe pelo direito internacional consuetudinário qualquer forma de exceção à regra de acordo com imunidade de jurisdição penal e inviolabilidade, onde são suspeitas de terem cometido crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. A imunidade total de jurisdição criminal e inviolabilidade de um agente de estado em exercício perante os tribunais de outro Estado foi posteriormente afirmada pela CIJ⁵²⁸.

Para a CIJ, há apenas quatro circunstâncias em que a imunidade pessoal de um alto funcionário não representaria entrave ao processo criminal: quando o indivíduo é julgado em seu próprio país ou quando o Estado que o indivíduo representa decide levantar a imunidade ou quando o indivíduo não está mais exercendo o cargo e a acusação do tribunal estrangeiro se refere a atos cometidos antes ou depois do seu período de serviço ou para atos cometidos enquanto em serviço, mas relacionados a uma vida privada, e, por fim, quando o indivíduo está sujeito a processo penal perante tribunais penais internacionais, onde estes têm jurisdição⁵²⁹. A esta última hipótese se refere à argumentação deste trabalho.

As questões são como responsabilizar o agente de Estado no âmbito interno, se houver aplicabilidade da imunidade interna ou houver parcialidade nas decisões do

⁵²⁶ O Tribunal aceitou a alegação do réu de que a deportação e os trabalhos forçados são crimes internacionais pertencentes ao *jus cogens*. Caso Ferrini, a Decisão n.º 5044/2004, n.º 660. O Supremo Tribunal italiano reafirmou a sua decisão em uma série de decisões proferidas em 29 de maio de 2008 e em outro acórdão de 21 outubro de 2008. Para um comentário, ver, o caso Carlo Focarelli, República Federal da Alemanha contra Giovanni Mantelli e outros, Despacho n.º 14201, 103 AM. J. INT'L L. 122 (2009).

⁵²⁷ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J. 3, 74-75 (Feb. 14) (Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

⁵²⁸ Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djib. v. Fr.), 2008 I.C.J. 177, 236, 237.

⁵²⁹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J. 3, 74-75 (Feb. 14) (Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

poder judiciário nacional? Como alcançar a jurisdição internacional, quando os Estados não ratificam o Estatuto de Roma? Como alcançar a jurisdição internacional, se a estrutura interna do Estado dificulta o procedimento de entrega?

O melhor entendimento seria o das autoridades nacionais para quem a imunidade funcional não seria aplicável aos crimes de direito internacional de caráter *jus cogens*, tais como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura. Os EUA, Itália, Espanha e a Comissão de Juristas africanos estabelecida pela União Africana para examinar a questão do julgamento de Hisséne Habré, entre outros tribunais nacionais, também consideraram que as autoridades estaduais não gozam de imunidade de processo decorrentes destes crimes. Entendimento igualmente adotado pela Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ) que considerou que os responsáveis por tais crimes não podem invocar imunidade de nacional ou jurisdição internacional, mesmo que tais crimes cometidos enquanto no exercício da respectiva capacidade de oficial ⁵³⁰.

Nesse mesmo sentido, a Associação de Direito Internacional no Relatório final sobre o exercício da jurisdição universal em matéria de Graves Delitos de Direitos Humanos: "No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity"⁵³¹.

Depois de analisar a prática dos tribunais nacionais, o Instituto de Direito Internacional concluiu, em resolução do ano de 2009 sobre a imunidade de jurisdição do Estado e das pessoas que atuam em nome do Estado que cometem crimes Internacionais e declarou que tais crimes foram excluídos do alcance da imunidade funcional apreciado por indivíduos que agem em nome do Estado⁵³².

Muitos defensores de direitos humanos e juristas veem a concessão de imunidade a um Estado ou seus representantes de processos decorrentes de graves violações dos direitos humanos como "artificial, injusta e arcaica" ⁵³³ e uma série de

⁵³⁰ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 157.

⁵³¹ *Idem*.

⁵³² Institute of International law, *Resolution sur l'immunity de juridiction de Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* [Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes], (Naples, 2009), Art. III. KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 158.

⁵³³ BELSKY, Adam C. *Implied Waiver Under The FSIA: A Proposed Exception To Immunity For Violations Of Peremptory Norms Of International Law*. 77 CAL. L. Rev. 365 (1989).

decisões recentes de tribunais nacionais indicam que essa prática pode começar a mudar. Um argumento freqüentemente levantado para que as normas de imunidade soberana sejam derrotadas ocorre quando há violação de norma imperativa de direito internacional, o *jus cogens*. Essa afirmação é destaque proeminente em vários casos, principalmente quando viola regra de caráter peremptório, como a proibição de tortura⁵³⁴.

O artigo 27 do Estatuto de Roma, sob o título de Irrelevância da Qualidade Oficial, em sua breve redação prevê o afastamento de qualquer tipo de imunidade perante o Tribunal Penal Internacional, explicitando que o Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. O Chefe de Estado ou de Governo, Chefe Militar, membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum será eximido de responsabilidade e nem constituirá motivo de redução da pena⁵³⁵.

Importante ressaltar que esse artigo fornece uma lista que não é exaustiva, mas simplesmente exemplificativa de cargos. Segundo Paola Gaeta, os funcionários de organizações internacionais seriam incluídos no rol de funcionários públicos do artigo 27 (1)⁵³⁶.

Na verdade, o detalhamento do artigo 27 (1) se apresenta em virtude da legislação nacional, ou seja, das imunidades funcionais que cobrem certos funcionários do Estado, em especial os Chefes de Estado, membros do governo e membros do parlamento. Isso porque em algumas Constituições, como a brasileira e a portuguesa, existe o chamado princípio da irresponsabilidade, que garante a imunidade desses funcionários do Estado por atos praticados no exercício de suas funções.

Essa disposição refere-se claramente à imunidade *ratione materiae*, em que, independentemente de serem ou não previstas no direito internacional ou na legislação nacional para aquele Estado, ela exclui a existência de imunidade funcional que abriga funcionários do Estado por atos oficiais, caso eles pratiquem crimes da competência do Tribunal Penal Internacional⁵³⁷.

O parágrafo (2) complementa a ideia: “as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do

⁵³⁴ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183.

⁵³⁵ Estatuto de Roma. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.

⁵³⁶ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 991.

⁵³⁷ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 978.

direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”⁵³⁸. Esse artigo refere-se à outra categoria de imunidades, é a *ratione personae*. Prevê que as imunidades ou outras regras processuais especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos da lei nacional ou internacional, não impede que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa⁵³⁹.

Com relação às imunidades pessoais fornecidas pelo direito internacional, o artigo 27 (2) estipula que essas imunidades não impedem que o Tribunal exerça a sua jurisdição. Ou seja, não podem ser invocadas perante o TPI. O mesmo vale para imunidades pessoais previstas na legislação nacional. Essas imunidades só operam em relação aos tribunais nacionais ou outras autoridades estaduais nacionais – jurisdição estrangeira. Claramente, não podem ter relevância perante o TPI⁵⁴⁰. Ou seja, o artigo 27 tem considerável impacto nas imunidades nos sistemas jurídicos nacionais, determinando que os Estados alterem sua legislação nacional, mesmo quando se tem hierarquia constitucional, com vista a abolir essas imunidades sempre que houver perpetração de crimes internacionais.

Esse impacto é de importância fundamental. Pela primeira vez, um tratado internacional que obriga os Estados a cumprir o princípio de que nenhum indivíduo, nem mesmo aqueles que ocupam a posição mais alta na hierarquia do Estado, podem evitar a jurisdição penal dos tribunais nacionais, se acusado de um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto.

O Ministério Público Federal Brasileiro entende que a Constituição Federal de 1988 previu, no 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”, bem como o artigo 1º, III, determina que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, e o artigo 4º, II e IX, define como princípios regentes das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Por essas razões, o Estatuto de Roma é um tratado internacional em matéria de direitos humanos, ao qual se atribui natureza constitucional por força do artigo 5º, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. “Ou seja, o

⁵³⁸ Rome Statute of the International Criminal Court. Article 27 (2), do original: “Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.”

⁵³⁹ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 978.

⁵⁴⁰ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 991.

Estatuto de Roma, assim como o Pacto de São José da Costa Rica, integra a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.” Ainda que se leve em conta que o Estatuto de Roma foi incorporado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 que introduziu o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal que prevê que os tratados de direitos humanos aprovados em dois turnos por três quintos dos membros do Congresso Nacional possuem hierarquia de emenda constitucional⁵⁴¹.

Nesse mesmo sentido, Francisco Rezek:

Uma última dúvida diz respeito ao 'passado', a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional⁵⁴².

O entendimento de Roberto Monteiro Gurgel Santos é pela aceitação da natureza constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial do Estatuto de Roma, para a interpretação de suas normas em conformidade com a Constituição Federal, de modo a compatibilizá-las, garantindo-lhes a efetividade necessária e valorizando-se todo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos⁵⁴³.

O artigo 27 também leva em conta as normas nacionais relativas à imunidade de certos funcionários. O parágrafo primeiro estabelece a indisponibilidade do fundamento de caráter oficial, sempre que a responsabilidade por crimes internacionais estiver em jogo, com o objetivo de cobrir a não aplicabilidade da legislação nacional que, tradicionalmente, concede imunidades aos agentes do Estado por atos oficiais. Além de excluir as imunidades de jurisdição previstas no direito internacional, o artigo 27 (2) exclui o direito de invocar, perante o Tribunal, qualquer imunidade de jurisdição que cabe ao acusado por força da legislação nacional.

⁵⁴¹ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 –PGR/RG, Petição nº 4.625.

⁵⁴² REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. SP: Saraiva, 2006. P. 102. Igualmente no Habeas Corpus nº 90.450/MG, o Relator Ministro CELSO DE MELLO, ao discorrer acerca da mutação constitucional em sede da prisão civil do depositário infiel, asseverou: ”a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”.

⁵⁴³ Parecer do Ministério Público Federal nº 5690 – PGR/RG, Petição nº 4.625.

Ocorre que o artigo 98 referente à cooperação, à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega dispõe que o Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio. Isso aconteceria quando o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, exceto quando obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

Dito de outro modo, o artigo 98 (1) proíbe o Tribunal de prosseguir com pedidos de entrega ou assistência sempre que o Estado requerido, a fim de executar tais pedidos, tenha de romper o seus compromissos jurídicos internacionais com um terceiro Estado na área de imunidades, incluindo imunidades pessoais. O Tribunal pode proceder a um pedido de assistência ou cooperação só após a obtenção de uma renúncia da imunidade relevante do terceiro país em causa. Se este for o caso, o Estado requerido é legalmente obrigado a cumprir com o pedido do Tribunal⁵⁴⁴.

Sob a primeira interpretação, o artigo 98 (1) tornaria competente o Tribunal de obter o levantamento da imunidade não só quando o Estado que tem o direito de fazer tal renúncia é um Estado que não seja parte do Estatuto, mas também quando é Estado parte. Para apoiar essa construção pode-se enfatizar que o Estatuto, sempre na seção relativa à cooperação refere-se a Estados não partes ou Estados partes. Pode-se argumentar que esse texto não foi casual. Indiscutivelmente essa expressão justamente foi colocada para indicar terceiros Estados, membros diferentes do Estado requerido, independentemente de haver ou não um terceiro sendo parte do Estatuto. Com a força dessa interpretação, o artigo 98 (1) condicionaria ao máximo a operação do artigo 27 (2) e com o princípio que estabelece que as regras internacionais sobre imunidades pessoais não podem dificultar o exercício da jurisdição do Tribunal. De fato, o levantamento da imunidade do Estado competente constituiria sempre uma condição *sine qua non* para a execução de mandados de prisão e pedidos de transferência relativos às pessoas que gozem de imunidades pessoais nos termos do direito internacional⁵⁴⁵.

Triffterer⁵⁴⁶ defende que isso é uma falha para o prosseguimento com sucesso do Tribunal, pois o artigo 98 pode impedir o exercício da jurisdição do Tribunal sobre essa

⁵⁴⁴ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 992.

⁵⁴⁵ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 993.

⁵⁴⁶ TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute*. 1999, p. 513.

pessoa, ao contrário do artigo 27. Se o Tribunal não pode garantir a presença da pessoa de qualquer outra forma, por que o Estatuto de Roma não prevê um julgamento à revelia? Ou por que não retira o artigo 98 do Estatuto e permanece apenas com o artigo 27 e o artigo 88 que estabelece que os Estados devam assegurar que o seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto? Por que não atribuir uma jurisdição universal por se tratar de crimes de *jus cogens* em prol da humanização do direito internacional?

Ocorre que o Tribunal não pode realizar julgamentos à revelia nem pode executar mandados de prisão por si só. A possibilidade efetiva de o Tribunal exercer a sua jurisdição repousa no funcionamento harmonioso e completo de cooperação internacional e lhe está subordinada. Contudo, o artigo 27 (2) acabaria por revelar-se, em grande medida sem sentido com a presença do artigo 98 de que o levantamento da imunidade pelos Estados competentes, incluindo os Estados parte do Estatuto, seria sempre uma condição necessária para a obrigação do Estado requerido para executar mandados de prisão ou pedidos de transferência. Se o artigo 98 inviabiliza a entrega do Estado parte, se o crime envolver um Estado não parte, jamais haverá responsabilidade internacional penal e, conseqüentemente, justiça internacional para todos.

O Tribunal estaria em condições de exercer a sua jurisdição somente após a obtenção de uma renúncia à imunidade de Estado competente. Se isso é assim, por que o artigo 27 (2) afirma que o processo penal instaurado perante o Tribunal não pode ser impedido pelo fato de existir as imunidades dos acusados decorrentes do direito internacional?

Claramente, no caso em discussão, o princípio do artigo 27 (2), em que as imunidades pessoais internacionais não impedem que o Tribunal exerça a sua jurisdição, torna-se sem sentido, se não pode haver casos em que os indivíduos possam aproveitar as imunidades perante o Tribunal. De acordo com a interpretação do artigo 98 (1), o único caso em que o artigo 27 (1) seria relevante é nos casos da apresentação voluntária perante o Tribunal de um indivíduo que alega o direito de se aproveitar das imunidades internacionais. Fato que também não faz sentido.

Na verdade, para tornar efetivo o princípio previsto no artigo 27 (2), é necessário optar por uma interpretação diferente do artigo 98 (1). Sob essa interpretação o levantamento da imunidade é condição necessária para a execução de prisões ou transferência apenas nos casos em que o Estado requerido não seja parte do Estatuto. Em outras palavras, a expressão “Terceiro Estado” no artigo 98 (1) deve ser entendida

como terceiro Estado no que diz respeito ao Estatuto, que é equivalente a Estado não Parte, e não no sentido de um Estado terceiro no que diz respeito ao pedido.

De acordo com Paola Gaeta, os pedidos de prisão ou transferência devem ter o pedido de levantamento da imunidade apenas em casos limitados, de um Estado que não seja parte do Estatuto. Por outro lado, se o Estado requerido é legalmente obrigado – é parte - o levantamento da imunidade não é necessário: o Tribunal, mesmo sem a obtenção de uma renúncia, poderá solicitar a prisão ou a transferência de indivíduos que, nas relações internacionais entre o envio e o recebimento, têm direito a imunidades pessoais. Em virtude do artigo 98 (1) e com as obrigações em matéria de cooperação do Estatuto, o Estado requerido é obrigado a cumprir esses pedidos, mesmo que o Estado de origem não tenha a intenção de renunciar às imunidades pessoais do acusado⁵⁴⁷.

Na seção no Reino Unido sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional no ano 2001 entendeu que o art. 27 e 98 (1) significa que um Estado - Parte no Estatuto do TPI na aceitação ao artigo 27, já decidiu que a imunidade dos representantes, funcionários ou agentes, incluindo o seu chefe de Estado, não impedirá o julgamento de tais pessoas perante o TPI nem sua detenção e entrega. Mas, para os Estados que não aceitaram essa disposição, as imunidades de seus representantes permaneceriam intactas, a menos que uma renúncia expressa tenha sido dada pelo Estado não Parte interessado ao TPI⁵⁴⁸.

De acordo com Saland⁵⁴⁹, a aparente divergência entre os dois artigos é consequência da formação histórica do Estatuto, o art. 27 tem por objetivo responsabilizar de maneira mais efetiva os ocupantes de cargos elevados e acabar com a impunidade disposta no preâmbulo. Todavia, o artigo 98 surge como decorrência do princípio do *pacta sunt servanda* e da ideia de cooperação sobre a qual o Tribunal é sedimentado.

Com base na interpretação do artigo 27 (2) e 98 (1) pode revelar-se a forma que o Estatuto legalmente regula imunidades pessoais concedidas ao abrigo do direito internacional. No âmbito da cooperação entre o TPI, de um lado, e os Estados Partes no Estatuto (ou Estados que aceitarem a jurisdição *ad hoc* da Corte), por outro lado, a

⁵⁴⁷ CASSSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 994.

⁵⁴⁸ O texto de notas internacionais sobre o Tribunal Penal Internacional está disponível na home page do Conselho da Europa. Disponível em: <http://www.legal.coe.int/criminal/icc>. Acesso em 28.12.2014.

⁵⁴⁹ SALAND, “*International Criminal Law Principles*”, em Lee, Roy S. “*The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results.*” The Hague: Kluwer Law International, 1999.

regulamentação legal consagra no Estatuto uma derrogação de costumes internacionais sobre imunidades pessoais. Em virtude do artigo 27 (2) e 98 (1) e das obrigações em matéria de cooperação prevista no Estatuto, os Estados apenas referidos são legalmente obrigados a executar os pedidos de prisão ou de transferência do Tribunal, mesmo quando tais pedidos se referem a indivíduos desfrutando essas imunidades. Em outras palavras, as imunidades em causa não se aplicam aos casos em que um indivíduo é acusado perante o Tribunal de um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto e, conseqüentemente, vislumbra-se necessário para garantir que seja apresentado ao Tribunal para julgamento.

Decorre do exposto que, nos termos do artigo 98 (1), o Estatuto não pode derogar a regulamentação das imunidades pessoais previstas no direito consuetudinário, sempre que o Estado da pessoa que goze de imunidades pessoais não seja parte do Estatuto nem tenha aceitado a jurisdição *ad hoc*. Se assim for, o Tribunal continuaria a não responsabilizar os indivíduos e fatos decorrentes de Estados não partes. Contudo, o que se pretende é ampliar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para envio de mandado de detenção a todos os Estados e para responsabilizar todos os indivíduos que cometerem crimes internacionais.

O Tribunal não pode proceder com os pedidos de prisão ou transferência, o que exigiria do Estado requerido a agir de forma inconsistente com suas obrigações sob o direito internacional no que diz respeito às imunidades de uma pessoa de um terceiro Estado. Isso, obviamente, é verdade, mas o que se quer é a jurisdição universal para que seja instituída uma renúncia prévia da imunidade do Estado que não seja parte do Estatuto.

Os dois dispositivos envolvem obrigações em matéria de cooperação prevista no Estatuto apenas nos casos em que a jurisdição seja exercida contra uma pessoa protegida por imunidades internacionais. Quanto às relações entre os Estados, o Estatuto não tem relação com a regulação jurídica das imunidades previstas no direito internacional consuetudinário. O Tribunal nacional que pretende levar a julgamento uma pessoa que desfruta de imunidades deve respeitar as regras consuetudinárias e de tratados que regem a matéria. Vale ressaltar que essa proposição vale no caso de relações entre dois Estados Partes do Estatuto.

Portanto, de acordo com o Estatuto de Roma, o TPI tem jurisdição sobre os nacionais de países não signatários em três circunstâncias. Em primeiro lugar, o TPI pode julgar os nacionais de países não partes em situações a pedido do Procurador do

TPI pelo Conselho de Segurança da ONU. Em segundo lugar, os nacionais dos Estados não partes estão sujeitos à jurisdição do TPI quando cometerem crime no território de um Estado que seja parte do Estatuto do TPI ou houver disposição em contrário. Em terceiro lugar, a competência pode ser exercida sobre os cidadãos de um país não-Parte onde este tenha dado consentimento para o exercício da jurisdição. Julga-se que essas três possibilidades não seriam necessárias, pois deve prevalecer a jurisdição universal para todos os indivíduos, por se tratar de crime de *jus cogens* ⁵⁵⁰.

Pelo menos um Estado que não é parte no Estatuto de Roma - os Estados Unidos da América – opõe-se à possibilidade de o TPI exercer jurisdição sobre o seus nacionais sem seu consentimento. Como resultado de sua oposição ao TPI, os EUA têm utilizado uma variedade de ferramentas jurídicas e políticas para assegurar que esse tribunal não exerça jurisdição sobre seus nacionais. Essa estratégia incluiu: a promulgação da legislação que restringe a cooperação com o TPI e com os Estados que são partes; a celebração de acordos com outros Estados que proíbe a transferência de nacionais ao TPI; e a adoção de resoluções do Conselho de segurança impedindo o TPI de exercer jurisdição sobre os nacionais de países não partes que são envolvidos em operações da ONU quando autorizados. Situação que não merece prosperar diante do atual Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Segundo Antonie Youssef, o Conselho de Segurança da ONU atua de maneira mais expressiva que a extinta Liga das Nações, com muito mais propriedade na prática de organização e inclusive confere às normas do Conselho o mesmo status de *jus cogens*, sendo capaz de criar normas de gerais de direito internacional, desde que não viole outras normas *jus cogens* e as normas da ONU. Portanto, caso a resolução do Conselho seja para inviabilizar a responsabilização individual penal, esta contraria o entendimento majoritário de que é *jus cogens* e a repressão e punição dos crimes previstos no Estatuto de Roma. ⁵⁵¹.

Então, de que maneira o artigo 98 poderá inviabilizar a responsabilidade internacional penal pelos crimes previstos no Estatuto de Roma, principalmente para

⁵⁵⁰ AKANDE, Dapo. *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties-Legal Basis and Limits*. Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, 2003, p. 618-650.

⁵⁵¹ KAMEL, Antonie Youssef. *A atuação do Conselho de Segurança da ONU: democrática ou discricionária?* Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/1038/883>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

Estados não Partes, em uma relação vertical nos casos de crimes de competência da Corte? Alguns aspectos devem ser analisados previamente.

Primeiramente, as normas consuetudinárias internacionais tradicionalmente só autorizam a remoção de imunidades funcionais a tempo para os crimes de guerra perpetrados por membros de baixo nível das forças armadas. Por outro lado, afigura-se que os líderes políticos, bem como os comandantes militares não eram levados a julgamento por crimes de guerra. Em 1919, foi feita uma tentativa para estabelecer e implementar a doutrina da responsabilidade criminal dos altos funcionários do Estado, tanto para crimes de guerra como para a nova categoria de crimes contra as leis da humanidade.

A Comissão de responsabilidades relativas aos crimes de guerra elogiou que todas as pessoas pertencentes a países inimigos, por mais alta que seja a sua posição são passíveis de responsabilização criminal por delitos contra as leis e costumes de guerra ou leis da humanidade, sem distinção de categoria, incluindo os Chefes de Estados⁵⁵². No decorrer da história, os Tribunais de Tóquio, Nuremberg, *Eichmann*, para Ruanda e ex-Iugoslávia mantiveram a intenção de responsabilizar os altos funcionários do Estado.

A prevalência das normas *jus cogens* para a proteção dos Direitos Humanos e para a concretização da responsabilidade internacional penal do indivíduo - repressão e punição de crimes internacionais - em detrimento das imunidades internacionais tem ganhado força pela doutrina e pelas decisões das Cortes Internacionais.

Um primeiro argumento, derivado do conceito de hierarquia normativa dentro do direito internacional, postula que as normas que regem a imunidade dos Estados e dos seus funcionários não fazem parte do catálogo de *jus cogens*, sendo, portanto, classificadas como inferiores na hierarquia de regras internacionais. Consequentemente, o *jus cogens* deve prevalecer sobre as regras de imunidade. Essa afirmação aparece no caso de *Al-Adsani vs. United* decidido pela CEDH em 2001. Nesse caso, em uma opinião divergente conjunta, seis juízes concordaram que as normas *jus cogens* predominam sobre regras internacionais comuns substituindo-as, incluindo as regras sobre a imunidade do Estado:

For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international

⁵⁵² The Report of the Commission can be read in AJIL (1920). CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I, Oxford, New York, 2002, p. 979.

law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule⁵⁵³.

Esse raciocínio tem implicações de longo alcance. O Juiz Pellonpää observou em particular que, se a natureza *jus cogens* da proibição da tortura prevaleceu sobre todas as outras obrigações de um estatuto hierárquico mais baixo, também teria de prevalecer sobre as regras relativas à imunidade. Imunidade de Estado e imunidade do indivíduo.

Nesse sentido, alguns tribunais internacionais consideraram que as consequências da violação de *jus cogens* são extensas, ao discorrerem que as anistias/perdão/imunidades concedidas pela violação de uma norma imperativa não possui efeito legal⁵⁵⁴. No caso Furundija, o julgamento pela Câmara do CIJ declarou que a tortura é proibida por norma imperativa de direito internacional e possuem outros efeitos em nível interestadual e individual. No nível interestadual, serve para internacionalmente deslegitimar qualquer ato legislativo, ato que autorize a tortura judicial ou administrativa ou permita a anistia⁵⁵⁵. Dito de outro modo, a norma *jus cogens* se aplicaria no âmbito interno e internacional.

Segundo a CIJ, a jurisdição e a imunidade são duas questões distintas. Indica que o reconhecimento do caráter peremptório de uma norma dá origem de imediato à obrigação dos Estados de fazer cumprir essa norma, sob qualquer circunstância, ou seja, deveria manter o efeito de *jus cogens* dentro de seus próprios limites de jurisdição, desconsiderando as imunidades.⁵⁵⁶

Se a proibição da tortura ou genocídio, por exemplo, é norma *jus cogens*, deverá implicar uma norma processual substituindo quaisquer obstáculos à sua aplicação, ou seja, a imunidade do funcionário titular de alto escalão seria derrotada também, ainda

⁵⁵³ Al-Adsani v. U.K., 2001-XI Eur. Ct. H.R. 79, 111-112 (Rozakis & Caflisch, J.J., dissenting, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajik) [hereinafter Diss. Op. of Judge Rozakis et al.]. KNUCHEL, Sévrine. Ob. cit. p. 159.

⁵⁵⁴ Nesse sentido o voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010.

⁵⁵⁵ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 160.

⁵⁵⁶ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and International Public Order*, German y.b. int'l l. p.258; BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 2003. KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 160.

que seja de um Estado parte ou não do Estatuto. Porém, para evitar "o assédio indevido para servir Chefes de Estado e ministros das Relações Exteriores", entendeu-se que "o adiamento da prestação de contas" pode, por vezes, ser compatível com o dever de processar solicitado pela violação do *jus cogens*⁵⁵⁷. Essa observação implica que a imunidade poderá ser suspensa em determinadas circunstâncias, mas não em todos os casos. Contudo, esse entendimento permanece mais distante da definição da noção de *jus cogens* "uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma qual nenhuma derrogação é permitida"⁵⁵⁸.

O argumento que deveria ser aplicado em favor ao levantamento da imunidade dos Estados e os seus funcionários baseia-se nas consequências associadas à violação de *jus cogens* e a responsabilidade do Estado⁵⁵⁹. O Projeto da CDI sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos de 2001 destaca o dever dos Estados de proibir as violações de normas imperativas e a concessão de imunidade equivaleria à cumplicidade com a violação de *jus cogens*, ensejando a responsabilidade internacional do Estado⁵⁶⁰.

O artigo segundo detalhava os elementos do ato internacionalmente ilícito de um Estado, informando que um Estado pratica ato internacionalmente ilícito quando sua conduta consistindo em ação ou omissão, é atribuível ao Estado no âmbito do Direito Internacional, e constitui a violação de uma obrigação internacional do Estado.

O artigo 12 informa que há violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado está em desconformidade com o que lhe é exigido por esta obrigação, independentemente de sua origem ou caráter. Nessa linha, o Tribunal de Cassação italiano fez uma nota sobre esse ponto em apoio ao negar a imunidade da Alemanha por crimes cometidos durante Guerra Mundial. Da mesma forma, na Prefeitura de Voiotia, o Tribunal de Primeira Instância grego afirmou que "o reconhecimento da imunidade para um ato contrário à lei peremptória internacional equivaleria à cumplicidade do juiz nacional para a promoção de um ato fortemente

⁵⁵⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and International Public Order*, German y.b. int'l l. p.258.

⁵⁵⁸ Artigo 53 da Convenção de Viena.

⁵⁵⁹ GIEGERICH, Thomas. *Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?* In Tomuschat and Thouvenin (eds.), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes* (Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin eds., 2006).

⁵⁶⁰ Artigo 2 do Projeto da CDI. KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 163.

condenado pela ordem pública internacional." E finalizou "When a state is in breach of peremptory rules of international law, it cannot lawfully expect to be granted the right of immunity. Consequently, it is deemed to have tacitly waived such right."⁵⁶¹

Outra alegação de que a imunidade deve ser negada em caso de violações *jus cogens* relaciona-se com as condições que regem a concessão de recusa da imunidade. As violações do *jus cogens* não podem ser reconhecidas como atos de soberania, já que o Estado violador ignorou a um conjunto de normas estabelecidas pela comunidade de Estados como um todo para salvaguardar os seus interesses. Ações do Estado que violem *jus cogens* sairiam da categoria protegida pela imunidade (*jus imperi* – decisões tipicamente de Estado). O abuso das prerrogativas soberanas, quando o Estado por intermédio dos agentes públicos viola *jus cogens*, torna-se *jus gestionis* – atos de gestão. Tal abuso ainda é realizado em conformidade com o Estado da autoridade governamental. Dessa forma, se não correspondem a atos soberanos, decisões puramente estatais, de governo, mas sim atos de gestão que violam normas imperativas, as imunidades devem ser desconsideradas, principalmente se disserem respeito ao cometimento de crimes internacionais.

A alegação de que as violações *jus cogens* são, por natureza, excluídas da categoria de conduta imunizada também foi feita em relação à imunidade individual dos funcionários do Estado. Uma vez que esses crimes nunca podem fazer parte de "funções estatais normais", não se qualificariam como atos "oficiais" para fins de imunidade *ratione materiae*.

Uma série de tribunais nacionais parece defender este argumento. Por exemplo, em um caso contra um ex- nazista oficial envolvendo crimes de guerra e crimes contra a humanidade, a Suprema Corte de Israel considerou que tais atos odiosos estão completamente fora da jurisdição soberana do Estado que ordenou ou aqueles que participaram em tais atos devem ser pessoalmente responsáveis por eles e não podem abrigar-se por trás do cargo oficial de sua tarefa ou missão, ou por trás das "leis" do Estado. Alguns tribunais norte-americanos, em particular, tendem a considerar as violações de normas imperativas e outros abusos graves dos direitos humanos como fora do âmbito da autoridade que representa o Estado⁵⁶².

⁵⁶¹ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 163.

⁵⁶² Arrest Warrant Case, supra note 13, at 227, 228, 85 (Joint Sep. Op. of Judges Higgins et al.), quoting Andrea Bianchi, *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*. Austrian Aournal of pub.and int'l l. 195, 227-228 (1994). Attorney General v. Eichmann, Attorney-General of the Government of Israel v.

Defende-se, portanto, que a atuação do oficial sob a condição de autoridade, mas não dentro de um mandato oficial, pode violar o direito internacional e não ter direito a imunidade. Porém, quando o próprio Estado indica que os atos ilícitos foram de fato realizados em cumprimento de um mandato oficial, entende-se que se o direito internacional não permite a violação de normas *jus cogens*, deve também haver levantamento de imunidades. Portanto, deve-se responsabilizar o Estado e, se for crime internacional, devem ser responsabilizados individualmente os Chefes de Estado e Chefes militares.

Argumenta-se também que a imunidade não deve ser concedida ao Estado e ao seu funcionário porque a violação de *jus cogens* não pode ser considerada como ato de soberania e que ao praticá-las o Estado tacitamente renunciaria ao seu direito de imunidade. A renúncia implícita está condicionada a alguma conduta incontroversa como a violação de *jus cogens*, ou seja, a existência de um sistema de regras que os Estados não podem violar implica que, quando um Estado age em violação de tal regra, o ato não é reconhecido como ato soberano. Quando um ato de Estado já não é reconhecido como soberano, o Estado não tem o direito de invocar a defesa da imunidade soberana⁵⁶³. Na renúncia implícita, a imunidade implicaria a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional para todos os indivíduos que agiram ou não em nome do Estado.

Além das normas *jus cogens*, o argumento de renúncia implícita também tem sido sustentado em relação aos tratados internacionais de proteção do direito internacional dos direitos humanos. Considerando que o Estatuto de Roma é um tratado de proteção dos Direitos Humanos, cada Estado concorda que outro Estado pode exercer jurisdição sobre os oficiais encontrados no seu território, pode extraditá-los ou encaminhá-los às suas próprias autoridades competentes para responsabilização, porém, diante da gravidade dos atos realizados, julga-se prioritária a entrega ao Tribunal Penal Internacional nos casos de crimes de sua competência, desconsiderando a ideia de imunidade de forma imediata.

Adolf Eichmann, Judgment of 29 May 1962, reproduced in 36 INT'L L. REP. 277, 310 (Sup. Ct. Israel 1962). KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 165.

⁵⁶³ GIEGERICH, Thomas. *Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?* in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Edited by Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Imunidade do Estado também é contestada. Cada Estado tem o interesse em reprimir suas violações e que seria incompatível com o princípio da jurisdição universal associada com a violação de normas imperativas. Motivo de preocupação para todos os Estados. Porém, o direito internacional tem vindo a reconhecer que os Estados poderiam legalmente exercer jurisdição sobre essas violações, mesmo envolvendo criminosos de outras nacionalidades, pois se referem a situações graves e de responsabilidade de toda a comunidade internacional ⁵⁶⁴.

O argumento de que a imunidade é incompatível com o direito dos Estados de estender sua jurisdição sobre os crimes que ameaçam os interesses da comunidade internacional é convincente. A ideia da jurisdição universal pode ser definida como mecanismo de repressão e punição em face de atrocidades. Para cumprir esse compromisso, cada Estado possui direito de exercer jurisdição sobre determinada violação, mas se tratando de crime previsto no Estatuto de Roma, deve-se realizar a entrega ao Tribunal Penal Internacional.

Segundo a Corte Internacional de Justiça, no caso mandado de detenção, o Tribunal indicou que as regras sobre a competência e as que regem a imunidade devem ser analisadas com cuidado, pois há várias convenções internacionais sobre a prevenção e punição de certos crimes graves que impõem obrigações aos Estados-Membros de julgamento ou extradição, configurando, a extensão da jurisdição que em nada afeta as imunidades pelo direito internacional consuetudinário. É certo que o Tribunal se refere apenas à jurisdição universal autorizada por um Tratado.

No entanto, o direito consuetudinário internacional dispõe que quando não haja Tratados, os Estados não têm em geral jurisdição universal sobre os crimes internacionais. Mas isso não significa que a situação não pode evoluir. Parte dos juízes reconheceu no Mandado de detenção - *Arrest Warrant Case* - a existência de impressionantes tendências contemporâneas em direção à extensão da jurisdição com base na natureza hedionda da violação. Notavelmente, eles observaram que a jurisdição penal universal para certos crimes internacionais foi claramente considerada legal ⁵⁶⁵.

Nesse caso, a República do Congo, nas suas alegações finais, invocou apenas os motivos relacionados à suposta violação da imunidade de seu ministro das Relações Exteriores. A Bélgica, por sua vez, desde o início, sustentou que a exercício da

⁵⁶⁴ KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp. 149-183, p. 169.

⁵⁶⁵ Arrest Warrant Case, (Joint Sep. Op. of Judge Higgins et al.). <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>.

jurisdição universal é um contrapeso válido para a observância de imunidades, e que não é que a jurisdição universal seja exceção à imunidade, mas sim que a imunidade é excluída quando há grave violação do direito internacional penal.

Essa observação também foi feita pela Comissão de Direito Internacional em seu relatório sobre a fragmentação do direito internacional, que sublinha ainda que pela primeira vez, no caso Pinochet, o tribunal nacional local negou a imunidade a um ex-Chefe de Estado, alegando que não pode haver imunidade contra processos por violação *de jus cogens*⁵⁶⁶.

Na primeira decisão de extradição, os argumentos jurídicos referiram-se quase que exclusivamente à questão de saber se Pinochet era imune aos processos à luz de sua antiga posição como Chefe de Estado. Na segunda decisão, porém, da Câmara dos Lordes, foram confrontados com um novo ângulo: se os crimes foram crimes para extradição, conforme a Lei de Extradição 1989. Essa questão não tinha sido contestada pela defesa nas audiências anteriores. Em suma, a decisão da maioria da Câmara dos Lordes foi a de que o estado de Pinochet como o ex-chefe de Estado do Chile lhe proporcionava imunidade em razão de suas "funções oficiais" realizados no exercício do mandato. Porém, a prática de tortura não é uma "função de oficial" de um Chefe de Estado. Ou seja, Pinochet poderia ser extraditado apenas em relação à tortura cometida depois de 1988, pois o Reino Unido não tinha jurisdição extraterritorial para crimes de tortura antes desse momento. A decisão de que Pinochet só poderia ser extraditado em razão da tortura cometida após 1988 drasticamente reduziu o número de encargos para o qual ele poderia ser extraditado. Essa foi a primeira vez que um tribunal nacional considerou que um ex-chefe de Estado de um país estrangeiro não é imune a sua jurisdição criminal.

O *jus cogens* figura, sem dúvida, entre os elementos considerados pela Câmara dos Lordes, como verdadeira razão para a decisão do caso⁵⁶⁷. Então, perante a Câmara dos Lordes por maioria é negada a imunidade de Pinochet com relação aos crimes de direito Internacional “that Pinochet was not entitled to immunity in relation to crimes under international law”⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Report of the Study Group of the ILC Int'l Law Comm'n on the Fragmentation of International Law, 5 8th sess, May 1-June 9, July 3-Aug.11, 2006, 370, 13 April 2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, (Apr. 13, 2006).

⁵⁶⁷ MURPHY, Sarah L. *The Pinochet Judgment: New Accountability for old Dictators*. 32 Victoria U. Wellington L. Rev. 463, 2001, p.468.

⁵⁶⁸ BANTEKAS, Ilias. *The Pinochet Affair in International Law*. Revue Hellenique de droit international: vol. 52, p.119-129,1999.

O Lord Browne-Wilkinson declarou que, antes da entrada em vigor da Convenção sobre a Tortura, a existência do crime internacional de tortura como *jus cogens* foi suficiente para justificar o levantamento da imunidade em razão da função oficial. Salientou a necessidade de uma organização internacional que pudesse punir aqueles que eram culpados de tortura e que não permitisse a evasão de punição pelo torturador. A Convenção sobre Tortura fez proporcionar o que estava faltando: uma jurisdição universal⁵⁶⁹.

Se o status superior de *jus cogens* como norma de conflitos poderia retirar a imunidade de Chefe de Estado para jurisdição penal de outro Estado, ou seja, outra jurisdição doméstica, qual seria o empecilho de este Chefe de Estado ser reponsabilizado por um Tribunal de jurisdição universal, imparcial e permanente, ainda que a jurisdição se refira a crimes praticados em territórios de Estados não signatários ou sobre nacionais de Estados igualmente não signatários do Estatuto de Roma?

O reconhecimento da imunidade de jurisdição para os Estados responsáveis por crimes internacionais não ajuda, mas impede a proteção das normas e princípios que são considerados pela comunidade tão essenciais em resposta a violações graves. Em vários casos – Tribunais nacionais, internacionais e interpretação pela CDI – a proteção aos direitos humanos e o *jus cogens* parecem fornecer base para argumentar contra a imunidade para os graves abusos cometidos por Estados estrangeiros ou por seus funcionários.

O significado do *jus cogens* para a comunidade internacional deve ser usado para demonstrar a necessidade de uma mudança na lei e de entendimento jurisprudencial e doutrinário. A negação da imunidade é comprovada pelo status de norma inderrogável para legitimar a apresentação do Estado ou seu funcionário para a jurisdição de outro Estado. E se os crimes internacionais são normas inderrogáveis, por que não ser permitido encaminhar qualquer chefe de Estado ou parlamenatar ao Tribunal Penal Internacional, independentemente de ratificação do Estatuto de Roma?

Nesse contexto, o *jus cogens* contribui para um "custom-generation process."⁵⁷⁰ A negação de imunidade não é efeito provocado pela norma imperativa. Pelo contrário,

⁵⁶⁹ MURPHY, Sarah L. The Pinochet Judgment: New Accountability for old Dictators. 32 Victoria U. Wellington L. Rev. 463, 2001, p. 467. Pinochet (No. 3) R., exparte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No. 3) [2000] AC 147(Lord Brown-Wilkinson). PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Janeiro- Março, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.23.

⁵⁷⁰ FOCARELLI, Carlo. *Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects*, 77 Nordic Journal of International Law. 429, 457 (2008).

o *jus cogens* oferece um substrato para a negação, o que, se seguida de uma prática futura, tem o poder de se transformar em nova norma de direito internacional consuetudinário.

As normas *jus cogens* representariam uma mudança de práticas em matéria de soberania. Não é que a soberania seria negada, mas os efeitos que fluem a partir dessa interpretação seriam reavaliados para dar lugar a considerações básicas de justiça. A soberania e as imunidades não são imutáveis. Normas imperativas devem contribuir para o delineamento das formas de poder e da independência do Estado.

A prática de imunizar um Estado e os seus funcionários a partir da jurisdição de tribunais estrangeiros é uma forma de independência, mas nos casos de processos decorrentes da violação das normas que são universalmente reconhecidas configuraria afronta à proteção dos Direitos Humanos. Utilizar as imunidades para inviabilizar a atuação do Tribunal Penal Internacional para repressão e punição de crimes internacionais praticados ainda que em território de Estado e por Chefes de Estados não integrantes do Estatuto de Roma também seria ignorar toda a construção dos Direitos Humanos, principalmente pós Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, Lauterpacht dispõe que no período em que as comunidades esclarecidas defendem a fixação dos direitos da pessoa humana, em todos os seus aspectos, contra o Estado se tornou questão de esforço especial e significativo. Não há disposição para tolerar a injustiça que possa surgir sempre que o Estado - o nosso próprio Estado ou estrangeiro - se proteja pelas telas do escudo da imunidade, a fim de derrotar uma reivindicação legítima⁵⁷¹.

Nos casos em que os abusos constituem violação de norma imperativa de direito internacional, o estatuto especial dessas normas implica, necessariamente, que aos Estados estrangeiros ou funcionários estrangeiros deva ser negada a imunidade doméstica dos tribunais. O *jus cogens*, por si só, provoca tal efeito também às imunidades de Estados estrangeiros e de nacionais não signatários do Estatuto de Roma. Dito de outro modo, as normas imperativas têm influência sobre a imunidade soberana estrangeira à medida que elas indicam que o julgamento por Tribunais estrangeiros e o Tribunal Internacional Penal de casos envolvendo abusos como tortura, escravidão ou genocídio seria consistente com os valores universalmente reconhecidos como merecedores de proteção absoluta.

⁵⁷¹LAUTERPACHT, Hersch. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28 BRIT. Y.B. INT'L L., 1951, p. 225.

O alcance da imunidade estrangeira no caso de *jus cogens* e outras violações de direitos humanos internacionais se relacionam com a busca de um sistema de aplicação mundial dos direitos humanos. Por isso não se pode inviabilizar o sistema de justiça penal internacional, ainda que o Estado não tenha ratificado o Estatuto de Roma.

Não se está defendendo o exercício irrestrito da jurisdição sobre crimes internacionais pelos tribunais de todos os Estados no mundo, pois poderia ocasionar em atuação arbitrária em benefício de Estados poderosos. Mas quando se defende a jurisdição universal de um Tribunal Internacional permanente e imparcial para os casos previamente estabelecidos no Estatuto de Roma, inexistente a possibilidade de arbitrariedade e caos judicial, pelo contrário, os Chefes de Estado seriam responsabilizados de maneira legal, independente e na medida de sua culpabilidade.

Robert H. Jackson, que estava servindo como Diretor Jurídico no Tribunal de Nuremberg, de forma acentuada e famosa rejeitou o pedido de imunidade dos funcionários estrangeiros para os trabalhos do primeiro tribunal penal internacional, afirmando que “Nós não aceitamos o paradoxo que a responsabilidade legal deve ser a menor em que o poder é o maior”. Essa proposição sustenta o entendimento uniformemente aplicado que o estatuto oficial do agressor não constitui uma defesa para a prática de crimes internacionais ⁵⁷².

O entendimento que melhor condiz com a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a responsabilização dos Chefes de Estado por jurisdição interna e por jurisdição internacional sempre que houver cometimento de crimes internacionais.

No caso Gaddafi⁵⁷³, julgado na França em 2000, por cumplicidade por atos terroristas, os familiares das vítimas consideraram insuficiente a decisão que condenou seis nacionais da Líbia à prisão perpétua e ingressaram contra o coronel Muammar Gaddafi, Chefe de Estado da Líbia com denúncia de cumplicidade no homicídio voluntário relacionado a atos terroristas. A Cour d’appel como a Cour de Cassation consideraram que apesar da imunidade de Chefe de Estado ser absoluta, na atualidade comporta certos limites principalmente pós Segunda Guerra Mundial. Acontece que por entender que o crime imputado ao acusado era terrorismo e não se enquadrava no rol

⁵⁷² KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011), pp.149-183, p. 183.

⁵⁷³ Em 19 de setembro de 1989, um avião da companhia UTA explodiu no deserto de Teneré, provocando a morte de 170 pessoas. Foi levado o caso às Cortes Francesas que condenaram por contumácia seis nacionais da Líbia, à prisão perpétua.

dos crimes passíveis de levantar a imunidade, as cortes francesas rejeitaram a demanda.⁵⁷⁴.

Então a questão já não é a imunidade e sim quais crimes internacionais justificariam a não aplicação da imunidade. Seriam apenas os que estão no Estatuto de Roma e sendo o caso de o processo se desenvolver no Tribunal Penal Internacional? O Estatuto somente será aplicado aos Estados que sejam seus signatários? Devem ser aplicados a todos os Estados. A decisão francesa está de acordo com a realidade contemporânea sobre o conceito de normas *jus cogens*, contudo, o que se questiona é qual a natureza jurídica dos atos de terrorismo de Gaddafi? Correspondem a crimes contra humanidade? Crimes de guerra? O tema será discutido no próximo capítulo.

Acontece que determinados crimes internacionais de grande repercussão, mesmo os que não estão expressamente previstos no Estatuto de Roma, devem ser processados e julgados nas jurisdições internas ou internacionais, ainda que os agentes estejam em exercício ou não, mesmo que os Estados ou os nacionais daqueles Estados não sejam signatários do Tribunal Penal Internacional. Isso pelo fato de que a análise dos crimes internacionais foi construída pelo direito consuetudinário e são normas *jus cogens*, superiores, que devem proteger a comunidade internacional. Nesse sentido o voto dissidente do juiz Al-Khasawneh :

O efetivo combate dos crimes internacionais assumiu o caráter de *jus cogens*, refletindo o reconhecimento pela comunidade internacional dos interesses e valores vitais que a comunidade busca proteger e promover. Portanto, quando esta norma, hierarquicamente superior, entra em conflito com as regras de imunidade, ela deve prevalecer⁵⁷⁵.

O direito internacional não poderia garantir a imunidade em relação a atos de Chefes de Estado que o próprio direito internacional condena como atos que atacam a comunidade internacional em seu conjunto. Os argumentos utilizados para a desconsideração das imunidades perante as jurisdições domésticas são: que não são atos relacionados a funções do Estado, que esses crimes são proibidos pelas normas *jus cogens*, ou seja, é norma superior às normas de imunidades.

As regras que compõem o *jus cogens* são normas costumeiras e somente podem ser alteradas por outras normas costumeiras reconhecidas como imperativas. Se os crimes internacionais são normas costumeiras e são normas *jus cogens*, poderiam ser

⁵⁷⁴ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional Penal: Imunidades e anistias*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 88.

⁵⁷⁵ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional Penal: Imunidades e anistias*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 91.

derrogados por outras normas costumeiras? Sim, mas nem todas as normas provenientes de costume internacional são *jus cogens*. E no que tange a relação imunidades e crimes internacionais, não se pode afirmar que as normas de imunidades são *jus cogens* por serem costumeiras, logo, não se pode dizer que seriam superiores que as normas que proíbem os crimes internacionais⁵⁷⁶.

Ainda que argumentem que seja necessário preservar a imunidade de Chefe de Estado em exercício, em razão da soberania estatal, do caráter interestadual da sociedade internacional e das relações internacionais pacíficas e cordiais, é ilógico que a violação de direitos humanos, a impunidade de crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio tendam a prevalecer diante da manutenção das imunidades de Chefes de Estado. “Os Chefes de Estado, cedo ou tarde, serão chamados a responder pelos seus atos, sendo assim, deverão levar em consideração o direito penal internacional ao formularem suas políticas públicas”⁵⁷⁷.

Portanto, se forem levados a julgamento, Chefes de Estado não podem colocar a imunidade como defesa substantiva ao crime se este é um dos crimes previstos nos estatutos, ou se é crime para o qual um tratado especificamente não permite tal defesa, mas é grave, como o terrorismo, e deve ser responsabilizado pelo Tribunal Penal Internacional⁵⁷⁸.

Além das imunidades de Chefes de Estado, as regras mais fundamentais do direito internacional estão relacionadas às imunidades diplomáticas e consulares que possuem notável lugar na forma de ver mantida por autores e pelas decisões da Corte Internacional. É igualmente verdadeiro que desde os trágicos eventos relatados sobre o ataque feito pela secretária Libanesa na praça Saint Jame’s em Londres e também a tentativa de sequestro do Mr. Umaru Dikko, é crescente o debate sobre a imunidade diplomática e de imunidade consular.

Os casos existentes não foram suficientes para restabelecer a percepção sobre a importância desses aspectos nas leis das nações. No último caso, o embaixador da Nova Guiné nos EUA colidiu com quatro carros quando estava alcoolizado e machucou uma

⁵⁷⁶ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional Penal: Imunidades e anistias*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 99-101.

⁵⁷⁷ WITH, Steffen. *Immunity for core crimes? The IGJ’s judgement in the Congo vs. Belgium case*. EJIL (2002), v.13, n. 4, p.892.

⁵⁷⁸ A entrega ao Tribunal Penal Internacional, conforme o disposto no artigo 27º, n. 1 e 2, do Estatuto de Roma, prevê a irrelevância das imunidades e da qualidade de oficial para que o Tribunal exerça sua jurisdição.

pessoa. Outros acidentes também envolveram sérios crimes como tráfico de drogas, sequestro.

Como consequência de ocasionais abusos de imunidade diplomáticas e consulares, hoje há um discernimento nas legislações internas ou em cortes policias em que se restringe o âmbito de imunidade. Esses desenvolvimentos não são incompatíveis com as convenções ou leis internacionais, ao contrário, em muitas situações existem aplicações para limitar o abuso e colocar a imunidade em trabalho no contexto que foi proposta na sua criação. O problema existe quando diz respeito ao crescente número de privilegiados pelas cortes, o contraste dessa situação com características de uma sociedade moderna já estão sendo comentadas, principalmente quando se tratam de crimes internacionais de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Uma série de decisões adotadas em 1988 pela Suprema Corte chilena e outras cortes atenderam a nova dimensão de discussão sobre imunidade diplomática e consular: a questão de abusos que podem resultar em violações dos direitos humanos protegidas pela Constituição e pela lei internacional. Essa nova proposta tem a dizer sobre as consequências dessas decisões no futuro das leis internacionais.

Na Constituição Chilena de 1980 uma ação para guardar os direitos foi promovida para que as cortes protejam regras e leis em que os direitos básicos sejam garantidos caso sejam infringidos. Como mostrado no Artigo 20 dessa Constituição: “Caso por alguma razão de arbitrariedade ou ilegalidade alguém sofra omissões de privação, ou seja, afetado por ameaças em pleno exercício de direito, deverá recorrer à corte para que a ordem seja restabelecida e a pessoa não seja afetada nos aspectos jurídicos”.

A natureza desse dispositivo pode ser comparada ao *habeas corpus*, que tem finalidade de acabar com ilegalidades ou forças arbitrarias, com a diferença que a constituição é mais abrangente diante das asas da liberdade individual. Os direitos garantidos são inspirados no Pacto de Direitos civis e políticos de 1966 e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro caso foi movido por dois Chilenos-Germânicos contra um importante diplomata da embaixada Alemã em Santiago na Corte Chilena. Eles alegaram agressão aos direitos de honra e de privacidade no curso das investigações. O diplomata alegou direito à imunidade de acordo com o Ministério de casos de estrangeiros. O Supremo Tribunal decidiu que agiria por jurisdição.

O segundo caso foi movido por membros da Colonia Dignidad contra o Cônsul da República Federativa da Alemanha na cidade de Concepción. Em acréscimo de alegações de direitos constitucionais infringidos está os artigos definidos pela Magna Carta, a Declaração de Direitos Humanos de 1789. O cônsul por sua vez alegou difamação porque um jornal local do assentamento alegava que ele havia cometido vários crimes, como sequestro. A Corte de Concepcion iria julgar por Jurisdição porque o Cônsul estaria distorcendo o trabalho ao qual foi designado de acordo com o Artigo 43 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Em dois sucessivos casos, a Suprema Corte decidiu por jurisdição para salvaguardar os direitos constitucionais e entendeu que as imunidades Diplomáticas e Consulares não podem ser obstáculos para o exercício da jurisdição quando os direitos fundamentais estão em jogo. A primeira alegação da Suprema Corte diz respeito à imunidade prevalecer apenas em atos realizados no exercício legal das funções a que foi designado de acordo com o artigo 43, parágrafo 1, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, além da interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, mas apenas em circunstâncias de interpretação do artigo 3 da mesma Convenção.

A Corte também alegou que os direitos protegidos pela Constituição devem prevalecer sobre as imunidades diplomáticas e consulares, pois as regras da Constituição têm superioridade legal diante das demais normas, bem como nos casos que envolvam crimes de grande relevância e repercussão.

O Ministério de Casos Estrangeiros alegou que tem o poder de jurisdição diante de casos que envolvam diplomatas e consulares bem como as suas respectivas imunidades. Entretanto a Corte declarou que desde que esses casos não envolvam apenas casos criminais, civis ou administrativas, mas muito além do que isso e devem ser julgados pela Suprema Corte. Ou seja, de um lado está a consideração de julgamento da Suprema Corte em defender os direitos assegurados pela Constituição e outro pelo entendimento de Jurisdição por parte do Ministério de Casos Estrangeiros.

Nesses casos não há apenas envolvimento criminais, civis ou administrativos, mas há também violação dos direitos humanos, criando dessa forma um novo tipo de Jurisdição: a Jurisdição Humanitária. Já que os direitos fundamentais devem ser respeitados diante de tratados internacionais e outros acordos que não estejam na constituição.

Imunidade é apenas uma expressão de soberania para realização legal das atividades e não devem estar em desacordo com as normas de proteção dos direitos humanos, incluindo os casos de normas *jus cogens* que proíbem a prática de crimes internacionais. Os Direitos Humanos devem sempre prevalecer, como o direito à vida e à integridade física.

Defende-se que nos casos de crimes internacionais que representam normas *jus cogens* perpetrados por Chefes de Estado, Chefes de Governo, Diplomata e Cônsul, ainda que não sejam de nacionalidade de Estados não partes, que estes sejam processados e julgados pelo Tribunal Penal Internacional.

Em casos de genocídio ou crimes contra a humanidade, os pedidos de imunidades são por si manifestamente ilegais, fato que repousa claramente no pressuposto de que a consciência do ato de ser "ilegal" é desconsiderada para a responsabilização internacional⁵⁷⁹. Portanto, julga-se que as imunidades não devem prevalecer diante de crimes internacionais, independentemente de ratificação do Estatuto, sob o fundamento da humanização do direito internacional e por se tratar de crimes de *jus cogens*.

⁵⁷⁹JESCHECK, Hans-Heinrich. *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*. *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pp. 38-55, p. 46.

CAPÍTULO 5 – DESAFIOS DA PARTE ESPECIAL

5.1 - Crimes internacionais.

O Direito Internacional Penal possui importante relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual certas violações de direitos humanos configuram crimes internacionais. Também possui relação com o Direito Internacional Humanitário, que delimita os procedimentos de julgamento e aplicabilidade das condutas tipificadas como crimes de guerra. Crime internacional pode ser definido como o fato contrário ao direito internacional e tão prejudicial aos interesses protegidos pelos Estados, atribuindo a esse fato caráter criminoso⁵⁸⁰.

Podem-se subdividir os crimes regulamentados pelo direito internacional penal em duas categorias: o direito internacional penal, sob a perspectiva da ordem pública internacional, e o direito penal interestatal.

O primeiro refere-se à exigência de bens supremos como a paz e a dignidade do ser humano na sociedade internacional pós 1945 que incluem os crimes contra a paz (agressão), os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio e os Tribunais Penais Internacionais.

O segundo delimita os crimes contra a segurança dos Estados, como a lavagem de dinheiro e o terrorismo. Apesar de estes crimes igualmente violarem a ordem pública internacional, o primeiro conceito impõe sanção e processo desenvolvido por um Tribunal Internacional, o segundo conceito pode ser descrito por uma Convenção Internacional, mas o processo será conduzido pelo direito interno⁵⁸¹. Mas pode-se entender pela possibilidade de responsabilização do crime de terrorismo pelo direito internacional, que brevemente será exposto neste trabalho.

Outra importante classificação para a análise das imunidades de Chefes de Estado são os crimes internacionais praticados por particulares como a pirataria, o tráfico de drogas e o terrorismo; e os que são praticados em nome do Estado, como os crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o genocídio⁵⁸².

⁵⁸⁰ GLASER, Stephan. *Introduction à l'étude du droit international penal*. Bruxelles, Bruylant, 1954, p.11.

⁵⁸¹ PERRONE – MOISÉS, Cláudia. *Antecedentes Históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 573-579.

⁵⁸² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian. P. 670.

A questão principal refere-se aos crimes internacionais de direitos humanos que ensejam em responsabilidade penal individual e violação de normas de direito internacional humanitário que constituem crimes de guerra. Essa seria a natureza do crime quando cometido por Chefe de Estado ou de representantes estatais ou governamentais. Sem olvidar a hipótese de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos no âmbito internacional diferentemente da responsabilidade internacional penal.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU delimitou algumas características específicas sobre os crimes internacionais: a gravidade do comportamento que afeta os fundamentos da sociedade humana com caráter de crueldade, monstrosidade e barbárie; o alcance dos seus efeitos e a intenção do autor⁵⁸³.

Entretanto, a análise da evolução do direito internacional penal está intimamente relacionada à jurisdição penal internacional. O primeiro antecedente se apresenta no século XIX com o direito da guerra ou direito internacional humanitário que é um conjunto de normas internacionais de origem convencional ou consuetudinária destinado aos conflitos armados internacionais ou não internacionais e que limita por razões humanitárias o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra ou que protejam as pessoas e bens afetados ou que possam ser afetados pelos conflitos⁵⁸⁴.

As primeiras regulamentações sobre meios de guerra ocorreram nas Convenções de Haia de 1899 e de 1907 que não trouxeram proibição dos Estados de recorrerem à força, mas sim a proibição do recurso à guerra para a cobrança de dívidas contratuais e a proibição de uma escolha ilimitada quanto aos meios de prejudicar o inimigo, direito este já previsto em normas costumeiras e em acordos bilaterais, mas que ora fora codificado. Não havia previsão de sanções penais individuais, mas o Estado do beligerante seria responsabilizado internacionalmente por intermédio de uma indenização⁵⁸⁵.

Outro antecedente para a codificação do aspecto humanitário do direito internacional de guerra é a criação do Comitê internacional de socorro aos militares feridos, por intermédio da primeira Convenção de Genebra em 1864 que propiciou a

⁵⁸³ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Imunidades de Chefes de Estado e crimes internacionais*. São Paulo, 2009, p. 11. Anuário CDI, 1987, V. II, p. 13-14.

⁵⁸⁴ SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao direito Internacional Humanitário*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Brasília, 1988, p. 33-34.

⁵⁸⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Ob. cit. p. 931.

criação da Cruz Vermelha em 1880 para a melhoria nas condições dos militares. Também, a Declaração de São Petersburgo de 1868 e outras Convenções de Haia trouxeram dispositivos de proteção internacional das vítimas de conflitos armados, e a limitação dos métodos de combate, o *jus in bello*⁵⁸⁶.

O princípio da punibilidade individual dos crimes de guerra no plano internacional esteve presente no julgamento dos responsáveis por atos contrários às leis e aos costumes de guerra durante a Primeira Guerra. Exceto o ex-imperador da Alemanha Guilherme II que não foi julgado sob a justificativa da Holanda, onde se encontrava refugiado, de que crimes políticos não seriam passíveis de extradição.

Porém, o marco principal para codificação do direito internacional penal é o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg no pós-segunda guerra, por meio do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, que trouxe tipos penais e procedimentos para processar e julgar os grandes criminosos alemães cuja ação não podia ser localizada em determinado país.

Nos mesmos moldes foi criado em 1946 o Tribunal de Tóquio para julgar e punir os criminosos de guerra do Extremo Oriente. No mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU confirmaria os princípios reconhecidos por ambos os Tribunais que seriam posteriormente sistematizados e codificados⁵⁸⁷, dando início ao direito internacional penal como um regime específico de responsabilidade.

Posteriormente, o direito internacional humanitário sofre mudanças efetivas a partir da Segunda Guerra Mundial com as Convenções de Genebra de 1949, que regulamentaram a proteção aos feridos e doentes nos conflitos armados terrestres, depois em zona marítima, o estatuto dos prisioneiros de guerra e a proteção aos civis nos territórios ocupados e aos estrangeiros em território do Estado beligerante⁵⁸⁸.

Entretanto, até o fim da 1ª Grande Guerra, a agressão era considerada um direito de qualquer Nação iniciar uma guerra conforme seus interesses, entretanto um Pacto assinado em Paris no ano de 1928 entre estadunidenses e franceses de forma multilateral compreendia a renúncia ao uso da guerra de agressão para dirimir questões políticas. Esse Pacto ficou conhecido como *Pacto Kellogg-Briand* em homenagem ao Secretário de Estado dos Estados Unidos Frank B. Kellog, e também ao Ministro de Relações

⁵⁸⁶ SWINARSKI, Christophe, ob. cit. 16.

⁵⁸⁷ Resolução 95(I) de 13 de fevereiro de 1946 e Resolução 177(II) de 1947 da AGNU.

⁵⁸⁸ SWINARSKI, Christophe, ob. cit. p. 19.

Exteriores da França Aristide Briand⁵⁸⁹.

Também, a outra norma proibitiva da guerra no direito internacional foi prevista de forma expressa na Carta das Nações Unidas em 1945 em que todos os membros deveriam evitar a ameaça contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado ou qualquer outra Nação incompatível com os propósitos das Nações Unidas⁵⁹⁰.

Porém, é com o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio que a guerra passaria a ser considerada crime. O crime contra a paz previsto no artigo 6º do Estatuto integrava a preparação, engajamento, planejamento ou iniciação de uma guerra de agressão, ou que venha a violar tratados internacionais, garantias ou acordos, assim como a participação em planejamento conspiratório para se realizar qualquer um dos elencados acima.

A acusação usou como prova para tal delito a declaração de guerra formalizada em 1º de setembro de 1939 contra a Polônia e inicialmente visava criar o ilícito de conspiração ou complô. Contudo, os acusados não estavam em conluio, pois estavam no período de dominação nazista e deveriam cumprir a lei de um Estado totalitário⁵⁹¹.

Na verdade, o conceito de guerra de agressão surgiu no Tratado de Versalhes no contexto da 1ª Guerra Mundial, quando foi analisada a questão de guerra justa ou injusta, sendo esta última, crime contra a sociedade como um todo. Mas é na sistemática da Carta das Nações Unidas e no Estatuto de Nuremberg que a guerra de agressão seria aquela não justificável por legítima defesa ou por decisão judicial e o crime de agressão passível de responsabilidade individual foi previsto como subcategoria dos crimes contra a paz.

Outro tipo penal previsto no Estatuto de Nuremberg é o crime de guerra da seguinte forma: "as violações dos costumes e normas de guerra", e também "essas violações se estendem para os maus tratos, assassinatos, e deportações com intuito de trabalhos escravos". De um modo geral tal ato é definido como crime de guerra quando uma das partes que estão guerreando ataca de forma voluntária alvos não militares entende-se como tal os prisioneiros de guerra, civis, feridos, homens à deriva, bem como as pilhagens tanto em vilarejos como em províncias e cidades sem justificativa militar.

⁵⁸⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Ob. cit. p. 896.

⁵⁹⁰ Artigo 2º da Carta das Nações Unidas.

⁵⁹¹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia de Letras, São Paulo, 1988, p. 178.

A acusação entendia que desde antes do início da 2ª guerra, o caráter ilícito dos atos de guerra já havia se consolidado no âmbito do Direito Internacional em práticas ditas como inaceitáveis e nos documentos e acordos diplomáticos, tendo como o principal a Convenção de Haia ocorrida em 1889 e 1907 e a Convenção de Genebra em 1929.

Há o entendimento que não existe a menor possibilidade de aplicar o Direito quando se estiver em estado de guerra declarada, contudo seria uma contradição, haja vista que a guerra por si só constitui um ilícito, e/ou um crime internacional de acordo com o Estatuto de Nuremberg. O questionamento principal a ser feito no que tange a acusação aos réus de crimes de guerra, seria o fato de aplicar a eles essa prática delituosa, levando em consideração o estado de guerra? E como responsabilizar individualmente os atos criminosos?

O Ministério Público então encontrou uma solução, analisando a extensa quantidade de documentos verificou-se uma gama de autorizações emitidas dando ordens expressas para que esses crimes fossem cometidos, autorizações essas emitidas pela própria Alemanha.

Assim, o Estatuto definiu esses crimes como: assassinato, maus-tratos e deportação para trabalhos forçados ou qualquer outra finalidade, da população civil nos territórios ocupados, o assassinato e os maus-tratos dos prisioneiros de guerra, a execução de reféns, o ataque a bens públicos ou privados, a destruição sem motivo de cidades ou a devastação que não se justifique por exigências militares. É a partir do Tribunal de Nuremberg que os crimes de guerra passam a ser julgados por instâncias internacionais e que seus autores são considerados responsáveis individualmente no âmbito internacional, pois anteriormente existia a responsabilização do indivíduo no âmbito interno e do Estado no âmbito internacional – reparação.

Robert Jackson ao perceber a dificuldade de enquadrar as violações cometidas durante a guerra, pois não se enquadravam nos crimes de guerra – cometidos contra aqueles considerados inimigos na época do conflito – sugeriu a definição dos Crimes Contra a Humanidade que por muitos foram considerados a herança do Julgamento de Nuremberg⁵⁹².

De acordo com o Estatuto de Nuremberg os crimes contra a humanidade seriam definidos como o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão ou a deportação,

⁵⁹² PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *ob. cit.* p.29.

assim como qualquer ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos que constituíssem ou não uma violação de direito interno dos países nos quais foram cometidos. Esses atos deviam ser cometidos como consequência de qualquer crime considerado de competência do Tribunal ou que tivesse relação com esses crimes.

São crimes contra a população civil praticados no período de guerra, que hoje já se considera poder ser praticado em período de paz, ou seja, são violações sistemáticas e em larga escala de direitos humanos.

A grande polêmica é que as acusações não tinham fundamentação em precedentes normativos nem no Direito interno e nem no Direito Internacional. O Ministério Público explicita que os acusados usaram políticas de repressão, perseguição e extermínio aos civis que se mostrassem contrários ao regime. Os métodos utilizados para que fossem aplicadas tais políticas era o envio sumário dessas pessoas para os campos de concentração, extermínio ou trabalho escravo.

Muitos autores acreditam que essa caracterização representa o legado mais importante de todos no que diz respeito ao andamento processual em Nuremberg, pois, como afirmou o presidente Henry Truman "É reconhecida formalmente a existência de *Crimes Contra a Humanidade*".⁵⁹³

A "humanidade" supracitada abrange a somatória de muitos e variados indivíduos, portanto nos remete ao pensamento de pluralidade levando-se a entender que esse crime não é apenas cometido contra grupos distintos, mas sim ao ser humano que possui direitos por simplesmente serem seres humanos, portanto não possuindo apenas os direitos dados pelo Estado.

O crime de genocídio, tipificado em 1948, foi definido como as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, segundo Celso Lafer "o genocídio é um crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e pluralidade que caracterizam o gênero humano"⁵⁹⁴.

Os crimes internacionais como o tráfico de pessoas e de drogas foi objeto de discussão, porém o Estatuto de Roma priorizou a tipificação de crimes de maior gravidade e os crimes mais amplamente reconhecidos pela comunidade internacional, visto que os demais já estavam previstos em tratados de cooperação internacional.

⁵⁹³ MARRUS, Michael. *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-46: A Documentary History*. Bedford Books, 1997, p. 189.

⁵⁹⁴ LAFER, Celso, op. cit. p. 183.

Crimes de ameaça, intervenção, dominação colonial e terrorismo também não foram incluídos em virtude de sua excessiva subjetividade que poderia desvirtuar a atuação do Ministério Público⁵⁹⁵.

O artigo 5º (2) do Estatuto estabelece a competência do Tribunal Penal Internacional para o crime de agressão, porém, diante da impossibilidade de alcançar um acordo sobre uma definição, houve a inclusão no Estatuto de uma cláusula adicional à prescrição desse crime, a qual previa o exercício da jurisdição em uma Conferência de Revisão - artigos 121º e 123º. Nesse sentido, a resolução F do Anexo I da Ata Final da Conferência de Roma estabeleceu uma comissão preparatória com várias funções entre as quais a elaboração de propostas concernentes a esse crime⁵⁹⁶.

O crime foi tipificado na Conferência de revisão do Estatuto de Roma, em Kampala, Uganda, sendo que, até então, a única definição existente era a da Comissão de Direito Internacional que, pela Resolução 3314 (XXIX) de 1974, o definiu como o “uso da força armada por parte de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas”.

A Conferência de revisão, por meio da Resolução nº 6, definiu que uma pessoa comete crime de agressão:

(..) cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

São considerados atos de agressão, independentemente da declaração de guerra ou não, considerando a definição da Comissão de Direito Internacional: a invasão ou ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, mesmo temporária que resulte dessa invasão ou ataque, ou toda anexação, por meio do uso da força, do território de outro Estado ou de parte dele; o bombardeio do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado; o bloqueio de

⁵⁹⁵ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 193-194. BASSIOUNI, M.C. *La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligatio erga omnes. Represión de las violaciones del derecho internacional humanitario (sistemas romano-germanico)*: informe de la reunión de expertos, 23-25 de setembro de 1997, p. 30

⁵⁹⁶ U.N. Doc. A/CONF.183/13 (Vol. I), United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, Rome 15 June-17 July 1998, United Nations, 2002, §7, p. 72 e s.

portos ou do litoral de um Estado pelas forças armadas de outro Estado; o ataque pelas forças armadas de um Estado às forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, à sua frota mercante ou aérea; a utilização de forças armadas de um Estado, que se encontrem no território de outro Estado com o consentimento do estado receptor, em violação às condições do consentimento ou como extensão de sua presença no referido território depois de retirado o consentimento; a ação de um Estado que permite que seu território, quando posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por esse outro Estado para praticar um ato de agressão contra um terceiro Estado; o envio, por um Estado ou em seu nome, de grupos armados, de grupos irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado, de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos antes enumerados, ou sua substancial participação na prática de tais atos⁵⁹⁷. Resta claro que o crime de agressão será executado pelas forças armadas ou por grupos que atuem como tal, sob o mando e comando da autoridade que controle ou dirija a ação política ou militar de um Estado.

A definição de crime de agressão adotada na Conferência de Kampala representa um desenvolvimento significativo no Direito Internacional Penal, porém o Tribunal somente poderá exercer jurisdição sobre os crimes cometidos um ano após a aceitação ou ratificação mínima de trinta Estados, o novo artigo 8º, nº 1, preceitua a responsabilização somente após 1º de janeiro de 2017, na Assembleia dos Estados Partes, de ativar a jurisdição do TPI (artigos, 2 e 3)⁵⁹⁸.

No que se refere à inclusão do crime de genocídio no Estatuto de Roma também poderia tornar-se uma inclusão precipitada. O Projeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional elaborado pela Comissão de Direito Internacional incluiu o genocídio como um dos crimes da competência do Tribunal, sem, contudo, dar inicialmente uma definição do termo⁵⁹⁹.

Ainda em 1995, durante a discussão do Comitê *Ad Hoc*, muitos Estados sugeriram que o genocídio deveria ser incluído no Estatuto e que a definição do crime deveria ser tomada a partir do artigo II da Convenção sobre o Genocídio de 1948.

⁵⁹⁷ Enmendado por la resolución RC/Res.6. Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11), parte II.

⁵⁹⁸ SANTOS, Sofia. *O Tribunal Penal Internacional e a construção de uma ordem pública internacional*. Janus.Net e-journal of International Relations, Vol. 5, N.º 2, novembro 2014-abril 2015.

⁵⁹⁹ OOSTERVELD, Valerie. *The elements of genocide, in The International Criminal Court: Elements of crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, Transnational Publishers, Ardsley-NY, 2001, p. 41.

Também foi amplamente aceito que a definição refletia o direito consuetudinário, reconhecido pela Corte Internacional de Justiça⁶⁰⁰.

Ocorre que na Conferência Diplomática de Roma, o artigo 6º previu o crime de genocídio⁶⁰¹ no mesmo molde previsto na Convenção de Genocídio de 1948⁶⁰² e nos Estatutos dos tribunais para Ruanda e antiga Iugoslávia. Assim, qualquer dos atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, uma nação, etnia, raça ou grupo religioso, tais como: matar membros do grupo, causar prejuízos à saúde física ou mental dos membros do grupo, deliberadamente afligir as condições de vida do grupo, de modo calculado, visando causar sua destruição total e parcial, impor medidas tendentes a evitar nascimentos dentro do grupo e realizar transferência forçada de crianças de um grupo para outro⁶⁰³.

Alguns aspectos referentes à aplicabilidade do crime de genocídio são apontados pela doutrina. Quantas pessoas precisam morrer para caracterizar o crime? Apenas uma morte seria homicídio, crime de competência das jurisdições nacionais? Ou poderia ser genocídio, processado pelo Tribunal Penal Internacional? A quantidade deve ser significativa de pessoas de determinado grupo e se só parte desse grupo for dizimado, essa parte deve ser substancial, ou seja, o número significativo de vítimas vem a provar a intenção do genocídio. Também é necessário o requisito subjetivo, ou seja, que o crime seja realizado por uma política de extermínio por grupos políticos ou não⁶⁰⁴.

Outra questão importante é definir se o crime de genocídio se configura com assassinatos politicamente motivados praticados por agentes governamentais ou se têm apenas como alvo específicas nacionalidades, etnias, raças e grupos. Ocorre que o artigo 25, parágrafo 3, “e” ao dispor sobre os princípios gerais do direito penal no Estatuto de Roma inclui como forma de autoria do genocídio o incitamento direto e dirigido ao público em geral, mesmo que o assassinato jamais tenha sido cometido. Então,

⁶⁰⁰ Parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a Convenção para Prevenção e Repressão do crime de Genocídio, 1951.

⁶⁰¹ Segundo Fábio Konder Comparato, o crime de genocídio foi cunhado inicialmente em 1944 pelo jurista polonês Raphael Lemkin, sendo como um atentado contra a diversidade do gênero humano. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 228.

⁶⁰² *Convention on the prevention e punishment of the crime of genocide, adotada unanimamente em 9 de dezembro de 1948*.

⁶⁰³ OOSTERVELD, Valerie. *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*. United States: Transnational Publishers, 2001, p. 41. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan, 2000, ob. Cit. P.198. MAIA, Marielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 86. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *La Justice pénale internationale*. Universitaires de France, 2000, p. 69.

⁶⁰⁴ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan, 2000, ob. Cit. P.200. SCHABBAS, William A. *Na Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 32.

genocídio pode ser assassinato ou incitamento ao público com o objetivo de dizimar determinado grupo⁶⁰⁵.

Quanto à qualidade do autor, o texto não define que seja governante, um responsável político ou um particular agindo por conta própria ou em nome do Estado, basta que o autor tenha a intenção de destruir um grupo por causa da sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Importante ressaltar que a utilização de armas de destruição em massa, por si só, não configura genocídio, conforme a consulta da Corte Internacional de Justiça em 1996. Deve ser provada a intenção de destruição daquela nacionalidade⁶⁰⁶.

Também, a contabilidade do número de vítimas para configurar genocídio seria totalmente arbitrária. A jurisprudência do Tribunal para Iugoslávia no caso Radovan Karadzic e Ratko Mladic entendeu “a efetividade da destruição parcial ou total do grupo não é necessária, basta que um dos atos enumerados na definição seja perpetrado com uma intenção específica”. Também, Lyal Sunga defende que a definição legal de genocídio não deve ser aquela do senso comum, pois não significa que alguém deva morrer para que o crime seja caracterizado, fato que se aproxima dos propósitos da Convenção do Genocídio que possui o objetivo de prevenir a sua ocorrência e não apenas punir⁶⁰⁷.

O genocídio é universalmente reconhecido como crime extremamente grave e se questiona se o contexto do crime exige que seja realizado em larga escala ou apenas uma ameaça real para determinado grupo. A definição do Estatuto de Roma parece assumir o contexto genocida de explicitamente exigir apenas o requisito da intenção do indivíduo específico de destruir um grupo, como demonstra as cinco formas de genocídio colocadas no plural⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ AMBOS, Kai. *Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma*. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40 e 41.

⁶⁰⁶ OOSTERVELD, Valerie, ob. cit p. 45. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry, ob. Cit. p. 69-71.

⁶⁰⁷ SUNGA, Lyal S. *Competência “ratione materiae da Corte Internacional Criminal*. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.199.

⁶⁰⁸ OOSTERVELD, Valerie, ob. cit. p. 45. Não obstante a exigência normal para um elemento mental, previsto no artigo 30, e reconhecendo que o conhecimento das circunstâncias geralmente será dirigido para provar intenção genocida, o requisito necessário, se houver, para um elemento moral em relação a essa circunstância terá de ser decidida pelo Tribunal de Justiça numa base caso-a-caso. O agressor causou danos corporais graves ou mentais a uma ou mais pessoas. Essa(s) pessoa(s) pertencia(m) a determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O autor pretende destruir, no todo ou em parte, o grupo nacional, étnico, racial ou grupo religioso, como tal. A conduta ocorreu no contexto de um padrão de manifesto de conduta semelhante dirigida contra esse grupo ou era uma conduta que em si poderia efetuar tal destruição. *Elements of Crimes*.

Quanto ao crime contra a humanidade⁶⁰⁹, previsto no artigo 7º do Estatuto, trata-se de crime grave, como assassinato, tortura, estupro ou outro ato desumano, quando cometido como parte de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. É essa conexão com ataque generalizado ou sistemático que torna esses crimes uma preocupação não só para os Estados, mas para a comunidade internacional como um todo. Embora o conceito legal de crimes contra a humanidade exista há décadas, os governos têm sido tradicionalmente relutantes em apreender e processar os infratores⁶¹⁰.

O termo "crimes contra a humanidade" veio a ser escolhido pelos autores da Carta de Nurembergue. O termo foi escolhido por Robert Jackson, o promotor-chefe dos EUA e o chefe da delegação americana para Carta de Londres, após consulta a Hersch Lauterpacht. Em 1915, os governos francês, inglês e russo já haviam denunciado a Turquia pelo genocídio armênio como "crimes contra a civilização e humanidade" e a mesma frase apareceu em uma proposta de 1919. Mas os Estados Unidos opôs nesse momento que a chamada "leis da humanidade" não tinham um conteúdo específico⁶¹¹.

Cherif Bassiouni, em pelo menos duas maneiras distintas, em razão da enormidade da expressão "crimes contra a humanidade", sugere que são ofensas não só para as vítimas e suas próprias comunidades, mas todos os seres humanos, independentemente da sua comunidade. Em segundo lugar, a frase sugere que esses crimes violem a humanidade, núcleo que todos nós compartilhamos e que nos distingue dos outros seres naturais⁶¹².

Os principais precedentes estão no Estatuto de Nuremberg e Tóquio e mais recentemente no ICTY e no ICTR, estatutos que incluem assassinato, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro, perseguição e outros atos desumanos como crimes contra a humanidade. O Estatuto de Roma apresenta atos enumerados clássicos, com definições adicionais e outras formas de violência sexual, desaparecimentos forçados e *apartheid*. Isso não foi visto como expansão da definição,

⁶⁰⁹ Sobre os Crimes contra a humanidade no atual Direito Internacional Penal ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Tese de Doutorado, Edições Almedina, 2009. ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global justice*. The New Press, New York, 2000.

⁶¹⁰ ROOBINSON, Darryl. *The Elements of Crimes Against Humanity in The International Criminal Court: Elements of Crimes and rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, International Publishers, 2001, p. 57.

⁶¹¹ LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal of International Law, Vol. 29, 2004, p.85. LIPPMAN, Matthew. *Crimes against humanity*. Boston College Third World Law Journal, 1997, p. 171-193.

⁶¹² BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*. 2ª Edição, 1999, p. 17-18.

mas sim reconhecimento explícito de que esses atos são considerados pela comunidade internacional como crimes contra a humanidade.

Os elementos dos crimes contra a humanidade estão relacionados com condutas inadmissíveis em geral, reconhecidas pelos principais sistemas jurídicos do mundo e também se referem a um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Serão perpetrados em contexto de ataque amplo, ou seja, envolvendo certo número de pessoas ou acontecido sobre amplo território ou envolvendo planejamento e organização⁶¹³.

Exige-se que o autor tenha o conhecimento de todas as características do ataque ou os detalhes precisos do plano ou política do Estado ou organização, ou seja, o dispositivo traz ideias de uma preparação para os atos e que atos isolados e individuais não ficam sob o efeito dessa incriminação e sim sob a justiça nacional. Também não se exige que estes façam parte de um ataque militar⁶¹⁴.

Outro aspecto importante do artigo 7º é a exclusão de qualquer exigência de que haja conflito armado. Os crimes contra a humanidade podem ser punidos se realizados em guerra ou em tempo de paz. Apesar das opiniões em contrário, uma clara maioria de delegações foi convencida de que não havia tal exigência no direito consuetudinário⁶¹⁵.

Também não exige que os crimes contra a humanidade sejam cometidos por motivos discriminatórios, afirmando que a discriminação seria necessária para a perseguição, mas não para outros crimes contra a humanidade, e que a inclusão de tal exigência poderia inadvertidamente excluir crimes graves.

Importante mencionar que o elemento intencional dos crimes contra a humanidade é necessário. Além do ataque generalizado ou sistemático, tendo em vista a prossecução da política, é preciso referir-se ao elemento intencional habitual para cada fato do Estatuto.

No caso de assassinato, deve-se demonstrar a intenção homicida, nos casos de extermínio deve ter a finalidade de causar a destruição de uma parte da população, no caso de gravidez forçada, deve ter por objetivo a modificação da composição étnica de uma população; no caso de perseguição, deve estar ligado à identidade do grupo ou da

⁶¹³ SUNGA, Lyal. *A competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal : arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma in Tribunal Penal Internacional* org. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 204.

⁶¹⁴ ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 61-64. BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro De Nuremberg a Haia*. Edição Manole: São Paulo, 2004, p. 74.

⁶¹⁵ ROOBINSON, Darryl, ob. cit. p. 62. SUNGA, Lyal S., ob. cit. p. 203; MIRANDA, João Irineu de Resende. *O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 72-74.

coletividade em questão; o desaparecimento forçado deve ser realizado com a intenção de privar as vítimas da proteção da lei. Os crimes contra a humanidade são mais amplos que o genocídio, considerados categoria particular e com elemento intencional bem mais específico⁶¹⁶.

O ultimo gênero “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física” foi alvo de controvérsias entre delegações que consideravam o conceito impreciso e inapropriado para um instrumento internacional, porém, o elemento ratifica a ideia de um rol não exaustivo de atos que serão analisados pelo Ministério Público com base no caso concreto⁶¹⁷.

A questão central é que o projeto inicial já previa a existência de uma política envolvida nos fatos e circunstâncias relevantes para o crime, fundamentada principalmente na jurisprudência relevante. Notou-se que os eventos em um crime contra a humanidade normalmente desdobram-se em uma forma ou padrão que simplesmente não ocorreria se não por intermédio do Estado ou elemento organizacional de planejamento ou encorajamento. Em tais casos, a política é facilmente inferida⁶¹⁸.

A afirmação foi considerada útil na época, sobretudo tendo em conta que a exigência de ação poderia ter levado a uma interpretação errada de que um Estado específico ou ação organizacional deve ser comprovado (em vez de simplesmente ser inferida a partir das circunstâncias). No entanto, a afirmação foi abandonada por sugestão de alguns observadores de que era desnecessária e talvez imprudente para instruir o Tribunal. Da mesma forma, houve muita discussão durante a segunda leitura sobre a inclusão de algumas clarificações úteis a partir da jurisprudência sobre o elemento político. No entanto, esse ponto foi considerado pela maioria como suficientemente bem estabelecido e não precisaria estar expresso⁶¹⁹.

Contudo, para configurar o crime, deve-se comprovar o ataque amplo e sistemático, que requer extensa coordenação, ordem de batalha e apoio logístico. Situação que não se aplica a um ataque de um grupo a outro realizado por motivos pessoais, como ciúme e vingança. O objetivo do Tribunal Penal Internacional é

⁶¹⁶ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry, ob. cit. p. 76-77.

⁶¹⁷ MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Edição Del Rey: Belo Horizonte, 2001, p. 89. SUNGA, Lyal. ob. cit. p. 208.

⁶¹⁸ OOSTERVELD, Valerie, ob. cit. p. 77.

⁶¹⁹ *Idem*.

responsabilizar criminalmente indivíduos por crimes particularmente graves por motivação política e não homicídios ordinários de competência das cortes nacionais. Cabe ao Ministério Público provar que os ataques foram cometidos em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização em cometer esses atos para promover a política⁶²⁰.

Nesse sentido, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de Almeida discorre que um dos elementos objetivos constitutivos dos crimes contra a humanidade é que as infrações devem ser cometidas em larga escala ou de forma sistemática e, se não patrocinadas ou adstritas a uma política governamental, pelo menos toleradas por um Estado ou entidade que exerça de fato autoridade sobre determinado território, ou seja, deve ser praticada num contexto de “hegemonia ideológica e de discriminação ou perseguição contra um grupo ou raça identificável aos ditames de uma ação ou política estadual”. E conclui que o elemento internacional da ação ou política estadual constitui base fundadora para que os autores da política e os responsáveis pelas decisões propiciem ambiente favorável para adoção de comportamentos individuais que ensejam na noção de crimes contra humanidade⁶²¹.

Os crimes de guerra previstos no artigo 8º do Estatuto são parte do direito internacional costumeiro. O Estatuto tem como principais referências a codificação das Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos. Dessa forma, determina que a Corte seja acionada quando os crimes de guerra forem cometidos como parte de uma estratégia ou política ou como parte de cometimento em larga escala desses crimes, ou seja, envolvendo certo nível de organização.

Se esses atos forem realizados de maneira isolada, sem a aprovação de uma alta autoridade no comando, podem ser qualificados como crimes de guerra, de acordo com a lei humanitária internacional, não sendo de competência da Corte⁶²².

Mesmo que os atos não sejam cometidos como parte de estratégia ou política, podem ser considerados como crimes de guerra de competência do Tribunal Penal Internacional, se realizados em escala considerável. Os cinquenta e um atos previstos no artigo oitavo incluem violações contidas na Convenção de Genebra como mortes intencionais, tortura, tratamento desumano, experimentos biológicos, ofensas à integridade física ou à saúde, destruições e apropriações de propriedades não

⁶²⁰ SUNGA, Lyal, ob. cit. p. 205.

⁶²¹ ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, 2009, ob. cit. pp. 307-331.

⁶²² SUNGA, Lyal. ob. cit. 210.

justificadas, privação intencional de prisioneiro de guerra, deportações ilegais e transferências⁶²³.

Importante salientar que a maioria das delegações decidiu que era necessária a existência de um conflito armado internacional ou não internacional desde que cometidos contra pessoas que não participem diretamente das hostilidades, como membros das forças armadas que depuserem as armas e as pessoas que forem postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou outro motivo. Bem como conflitos armados que tenham lugar em território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos, servindo como base para a competência da Corte Internacional ou a atuação da jurisdição nacional⁶²⁴.

Por fim, o conceito de crimes internacionais remonta ao século XVII, primeiramente com a formação do direito humanitário, dos crimes que exigem cooperação internacional (pirataria, tráfico de pessoas) e, posteriormente, com a formação dos Tribunais Internacionais para processar e julgar as atrocidades cometidas no período da primeira e da segunda guerra mundial. É, portanto, com o Estatuto de Roma – que criou o Tribunal Penal Internacional de jurisdição universal e permanente - que há a previsão dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão aplicados ao indivíduo por atos praticados após a instituição desse Tribunal e, principalmente, por juízes imparciais.

Os crimes internacionais – crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e de agressão - fazem parte do *jus cogens*, principalmente em virtude da *opinio juris internacional* dos Estados, refletindo a convicção de que integram o direito consuetudinário geral. Os Estados devem, portanto, julgar, extraditar ou entregar o criminoso ao Tribunal Penal Internacional e não aplicar as causas de exoneração de responsabilidade – imunidades de Chefes de Estado – sob pena de ser uma afronta ao princípio da jurisdição universal⁶²⁵.

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Guerrilha do Araguaia, ao analisar a ampliação material do conceito de *jus cogens* no que se refere aos crimes de lesa-humanidade demonstra a importância de persecução

⁶²³ HERBEL, Herman von. *The Elements of War Crimes in The International Criminal Court: Elements of Crimes and rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, International Publishers, 2001, p. 110.

⁶²⁴ *Idem*.

⁶²⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction au Droit Pénal International*. Bruylant, Bruxxelles, 2002, p. 73-78.

e punição desses crimes que transcendem o Direito dos Tratados e abarca o Direito Internacional em geral, inclusive o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶²⁶.

A Corte atribuiu natureza de *jus cogens* aos direitos mais caros à pessoa, componentes do núcleo duro de proteção *hard core of human rights*, de modo a protegê-la e a cumprir a finalidade de proteção aos direitos humanos na Convenção Americana. Definiu que:

O crime de lesa-humanidade produziu-se já nos primórdios do século passado, estando consubstanciado no preâmbulo da Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra (1907), segundo o qual os Estados pactuantes submetem-se às garantias e ao regime dos princípios do Direito Internacional preconizados pelos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública⁶²⁷.

O Estatuto de Nurembergue estabeleceu elementos caracterizadores dos crimes de lesa-humanidade. Essa decisão reconheceu a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional que proibia esses crimes. Muito antes, os crimes contra humanidade e contra a civilização já haviam sido usados pelo governo da França, Reino Unido e Rússia, em 28 de maio de 1915, para denunciar o massacre dos armênios na Turquia⁶²⁸.

Outro precedente memorável da Corte Interamericana que serviu de base para a decisão da Guerrilha do Araguaia foi a decisão do caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que determinou que um único atentado configura crime de lesa-humanidade. Entendeu que a noção de crimes lesa-humanidade é produto do preâmbulo da Convenção de Haia sobre as leis e costumes de guerra de 1907 em que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”⁶²⁹.

A decisão entendeu que o assassinato integra crimes contra a humanidade, previsto inicialmente no artigo 6º da Carta do Tribunal Militar Internacional de

⁶²⁶ Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* de 24 de novembro de 2010.

⁶²⁷ Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* de 24 de novembro de 2010.

⁶²⁸ SCHWELB, Egon, *Crimes Against Humanity*. British Yearbook of International Law. Vol 23, 1946, p. 180. “Los crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”.

⁶²⁹ Convenção de Haia de 18 de Outubro de 1907.

Nuremberg, que foi anexado ao Acordo que instituiu um Tribunal Militar Internacional para o julgamento e punição dos principais criminosos guerra do Eixo o "Acordo de Londres" de agosto de 1945. Da mesma forma, o crime de homicídio foi codificado no artigo 5º da Carta do Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos principais criminosos de guerra do Extremo Oriente (Carta de Tóquio). Ambos desempenharam papel importante no estabelecimento dos elementos que caracterizam esse crime contra a humanidade. Por fim, entendeu que a morte do senhor Almonacid Arellano configurou crime de lesa-humanidade, independentemente de ter sido cometido em tempos de paz ou em tempo de guerra⁶³⁰.

Dessa forma, a Corte reconheceu que os crimes contra a humanidade incluem a prática de atos desumanos, incluindo assassinato, cometidos no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Apenas um único ato ilícito na forma indicada, dentro do contexto descrito acima, é um crime contra a humanidade. A esse respeito, como já foi mencionado, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, no caso Dusko Tadic, um único ato por um autor no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil implica responsabilidade criminal individual, e o autor não precisa cometer numerosos delitos para ser responsabilizado. Todos esses elementos já estavam legalmente definidos quando o senhor Almonacid Arellano foi executado⁶³¹.

Cançado Trindade, nesse mesmo caso ratificou que a configuração dos crimes contra a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, da humanização do direito internacional e de sua pronta reação aos crimes que afetam a humanidade como um todo. Destacou que, com o passar do tempo, as normas que

⁶³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). United States Nuremberg Military Tribunal, United States v. Ohlendorf, 15 I.L.R. 656 (1948); United States v. Alstotter (1948 Justice Case), in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10* Vol. III 956 (U.S. Gov. Printing Office 1951); *History of the U.N. War Crimes Commission and the Development of the Laws of War compiled by the U.N. War Crimes Commission* (1948); *Cfr.* O.N.U., Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Sentencia del Tribunal. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950, U.N. Doc. A/1316 (1950), part III, párr. 123; artículo I.b de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968.

⁶³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997, at para. 649. Esto fue posteriormente confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, Judgement, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Judgement, February 26, 2001, at para. 178.

vieram a definir os “crimes contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente, no domínio do *jus cogens*, do direito imperativo⁶³².

A importância de um sistema internacional de justiça para julgamento de graves violações de direitos humanos foi enfatizada pelo Programa de Ação de Viena de 1993 ao determinar que a Comissão dos Direitos Humanos examinasse a possibilidade de melhorar a aplicação dos instrumentos de direitos humanos existentes em nível internacional e continuar seus trabalhos visando o estabelecimento de um tribunal penal internacional. Isso porque a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 9 de dezembro de 1948, fruto da necessidade social de combate às atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial, não estabeleceu sistema próprio de monitoramento e apenas previa a criação de um tribunal internacional permanente⁶³³.

Passados cinquenta anos, aprovou-se o Estatuto de Roma, que criou a Corte Penal Internacional de caráter permanente, independente e vinculada ao sistema das Nações Unidas. Surgem como aparato complementar as cortes internacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, quando as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas na realização da justiça. O que significa decisivo avanço para a proteção dos direitos humanos após a reunião de normas consuetudinárias, de princípios gerais de direito internacional e de criação de tribunais *ad hoc*.

5.2 - Um ausente/presente no Estatuto de Roma: o crime de terrorismo

Terrorismo é notoriamente difícil de definir, pois se trata de termo impreciso e ambíguo, mas estudiosos em diversos campos da ciência política, do direito, da história, da psicologia, da teologia e da criminologia tentam defini-lo. Contudo parece que não existe uma única definição. Inicialmente é necessário definir um conceito: é considerado uma ameaça para a paz internacional e segurança. Também é logicamente necessário

⁶³²Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010.

⁶³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 203-210.

definir "terrorismo" antes de analisar as respostas legais sobre ele. Não haverá uma única definição universalmente aceitável do termo "terrorismo"⁶³⁴.

Etimologicamente, "aterrorizar" significa prevalecer, induzir o terror. O terrorismo é um fenômeno que pertence à vida política e social, e sua definição no âmbito do direito penal não pode ser dissociada do seu meio social e político. Por isso a principal razão para o fracasso em chegar a uma definição aceita do terrorismo, ou seja, o fato de que, ao longo da história, uma ampla gama de diversos comportamentos e situações foi comumente descrita como atos terroristas. É bem conhecido que a forma mais antiga e mais perigosa do terrorismo é o terrorismo de Estado que apareceu pela primeira vez sob a forma de "terror do governo", que essencialmente implicava o uso de violência por parte dos órgãos do Estado ou por grupos associado. Tal uso da violência é normalmente dirigido contra a própria população do Estado ou contra a população de um território ocupado, visando em grande parte o extermínio de adversários políticos do governo e, em devido tempo, a supressão da resistência oferecida pelas pessoas⁶³⁵.

Considerando o "terrorismo" como um termo usado para descrever a violência pelo Estado, pode-se afirmar que já o uso moderno geralmente se refere à violência por parte de entidades não estatais e é universalmente considerado com conotação negativa. Especialistas no estudo do terrorismo não concordam com uma definição, pois existem

⁶³⁴ WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*, The University of Waikato, New Zealand, The Ashgate International Law Series, Series Editor: Alex Conte, OE CD, Paris, 2009, p. 38. 'There is no consensus on the bounds of terrorism: some observers define as terrorism nearly every act of disruptive violence and ignore violence by established regimes; some scholars want psychopaths and criminals to be examined and others do not; and there are those who, defending a cherished cause, deny that their patriots are terrorists ... No one has a definition of terrorism... "Terror" and "terrorism" are not words which refer to a well-defined and clearly identified set of factual events. Neither do the words have any widely accepted meaning in legal doctrine. "Terror" and "terrorism" consequently, do not refer to a unitary concept in either fact or law.': Mallison, W. and Mallison, S., 'The Concept of Public Purpose Terror in International Law: Doctrines and Sanctions to Reduce the Destruction of Human and Material Values' (1973) 18 Howard Law Journal.

⁶³⁵ SYMEONIDOU-KASTANIDOU, Elisabeth. *Defining Terrorism*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Printed in the Netherlands, Vol. 12/1, 14-35, 2004, p. 18. Nos últimos anos, no entanto, uma muito mais ampla – e muito mais perigosa – concepção de terrorismo de Estado está ganhando impulso. É evidente o apoio encoberto ou assistência dada por um Estado a grupos terroristas ou agentes com a finalidade de subverter ou desestabilizar outro Estado ou o seu governo. O terrorismo de Estado se manifesta por atos de tortura, assassinatos, seqüestros, etc. por governos ditatoriais ou totalitários e regimes militaristas. Contudo, o terrorismo também tem sido patrocinado, de forma desenfreada, por governos democraticamente eleitos. De fato, o financiamento de grupos terroristas que atuam dentro dos países inimigos, bem como a adoção de formas não convencionais de guerra representam atos de sub-Estado ou do terrorismo individual.

diferentes definições em tratados internacionais, em atos legislativos entre departamentos governamentais e definições no âmbito político, social e jurídico⁶³⁶.

O "terrorismo" também é empregado para designar a intimidação de pessoas por organizações criminosas que não têm objetivos políticos, mas apenas usam a violência a fim de alcançar solidez financeira. Práticas promovidas por todos os tipos de 'máfia' se enquadram nessa categoria. As diferentes formas do terrorismo e a transformação incessante de cada uma de suas facetas no curso da história suscitam dúvidas sérias quanto à possibilidade de fornecer uma definição completa de um terrorista⁶³⁷. Contudo, alguns elementos são caracterizadores do terrorismo:

(a) Terrorist acts appear in the form of serious crimes against individual or social values (attacks upon the life or the physical integrity of persons, kidnappings, possession of weapons and explosives, destruction of public facilities, transport systems, etc.). (b) They often aim at specific symbolic targets, but they hit 'ordinary' targets as well, whenever terrorists want to draw attention to their action or to compel a government or an international organization to perform a certain act. (c) The crimes committed are always planned by groups that match the profile of a 'criminal organization', i.e. a group of more than two members, instituted over a period of time, built up around a central - though not always technically defined - distribution of roles, maneuvering international links, well-trained members and equipment in order to carry out its criminal activities.²³ (d) All terrorist groups use violence for political ends, aiming at overthrowing or destabilizing an existing socio-political system⁶³⁸.

Segundo Myra Williamson, a abordagem mais bem sucedida não foi para definir "terrorismo", mas para definir atos criminosos que alvejam civis, que são destinados a intimidar uma população ou influenciar um governo e que têm um objetivo político ou ideológico mais amplo que o alvo imediato. Não se pode ter um acordo universal sobre o significado de "terrorismo". E defende que a própria definição de terrorismo em relação a todas as outras formas de violência política é aberta a debate⁶³⁹.

O terrorismo pode ser conceituado como a morte deliberada de pessoas inocentes, de forma aleatória, a fim de espalhar o medo por toda uma população e forçar a mão dos seus líderes políticos. Mas essa é uma definição que melhor se adapta ao terrorismo de libertação nacional ou movimento revolucionário (o Exército Republicano Irlandês, a Frente de Libertação Nacional da Argélia, a Organização pela Libertação da

⁶³⁶ WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*, The University of Waikato, New Zealand, The Ashgate International Law Series, Series Editor: Alex Conte, OE CD, Paris, 2009, p. 69-70

⁶³⁷ SYMEONIDOU-KASTANIDOUL, Elisabeth. *Defining Terrorism*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Printed in the Netherlands, Vol. 12/1, 14-35, 2004, p. 20.

⁶³⁸ *Ibid*, p. 21.

⁶³⁹ *Idem*.

Palestina, o movimento separatista basco, por exemplo). Há também o terrorismo usado por governos autoritários e totalitários contra seu próprio povo, para espalhar o medo e fazer oposição política. E há o terrorismo de guerra: o esforço para matar civis em tão grande número que o seu governo é forçado a se render. O elemento comum é a segmentação de pessoas: podem ser militares, políticos, não combatentes: não soldados e não funcionários públicos ou apenas pessoas comuns. E eles não são mortos acidentalmente no curso de ações voltadas em outros lugares; eles são mortos intencionalmente⁶⁴⁰.

No entendimento do Secretário-Geral da ONU, deve existir uma definição de terrorismo para que a ONU possa exercer sua autoridade moral e que envie uma inequívoca mensagem de que o terrorismo nunca é uma tática aceitável, mesmo para a causa mais defensável. Isso pode ser um objetivo muito admirável e inerentemente sensível, mas o grau de inconsistência e discordância que existe atualmente entre estudiosos e Estados sobre o significado do terrorismo é elevado.

Contudo, a comunidade internacional tem consistentemente dirigido o terrorismo como um fenômeno por meio da adoção de tratados que visam garantir a responsabilidade internacional individual dos atores terroristas. Convenções internacionais exigem dos Estados partes três principais comportamentos: criminalizar uma manifestação particular do terrorismo internacional no direito nacional; cooperar na prevenção do ato terrorista, e tomar medidas para assegurar que os presumíveis criminosos sejam responsáveis pelo seu crime por meio da imposição de uma obrigação de extraditar ou processar e julgar no âmbito interno ou na jurisdição internacional⁶⁴¹.

Terrorismo pode ser uma ferramenta utilizada pelos Estados para alcançar os seus objetivos de política externa, mas também pode ser ato realizado por indivíduos ou organizações em que os Estados estão sujeitos à obrigação de se abster de participar, apoiar, ou avalizar atos de terrorismo internacional no seu território ou por seus nacionais⁶⁴².

⁶⁴⁰ WALZER, Michael. *Five Questions About Terrorism in Just and Unjust Wars*, Volume 49, Number 1, New York, Winter, 2002, p. 1-5.

⁶⁴¹ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 5-7.

⁶⁴² JOHNSON, Thomas A. *The War on Terrorism: a collision of values, strategies and societies*. CRC press, New York, 2008, p. 23-39. Thomas A. Johnson discorre sobre os principais documentos internacionais sobre terrorismo: Convenção referente às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves (Tóquio, 1963); Convenção para a repressão da captura ilícita de aeronaves (Haia, 1970); Convenção para a repressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil (Montreal, 1971); Convenção sobre prevenção e repressão de crimes contra pessoas gozando de proteção internacional, incluindo agentes diplomáticos [Resolução nº 3166 (XXVIII) da Assembleia Geral, 1973]; Convenção

Há diferentes regimes de responsabilização pelo crime de terrorismo, um quando um Estado participa ativamente de ato de terrorismo – responsabilidade direta - ou não consegue evitar uma infração terrorista, ou não extradita ou não envia um ator terrorista para a acusação - indireta. O mesmo ato dá origem à responsabilidade penal e à responsabilidade estatal, ou seja, há responsabilidade concorrente, o ator individual é responsabilizado criminalmente por conduta terrorista, mas o Estado é responsável por sua incapacidade de agir adequadamente em relação a tal conduta, ao não prevenir, ou para extraditar ou para se submeter à acusação. Em tal caso, a responsabilidade do Estado é indireta, em que o Estado não é responsável pelo próprio ato terrorista, mas por sua própria incapacidade de agir de que diz respeito ao ato terrorista. A conduta terrorista age como um catalisador para o Estado de responsabilidade.

A maior dificuldade nos processos de terrorismo em casos de responsabilidade internacional do indivíduo refere-se aos atores terroristas individuais que, muitas vezes, estão dentro da jurisdição do próprio Estado que alegadamente implantaram ou os apoia, fato que ensejaria responsabilidade internacional do Estado. Outro entrave ocorre diante da parcialidade dos tribunais de um Estado ou órgão de administração quando as pessoas levadas a julgamento são agentes desse Estado ou atuaram com o seu apoio⁶⁴³.

A Corte Internacional de Justiça tem sinalizado uma vontade de contar com as determinações por tribunais penais internacionais e estabelecer determinações da responsabilidade do Estado. Contudo, em relação à responsabilidade internacional individual penal, apesar de vários esforços, não há nenhum tribunal internacional disponível para processar e julgar o crime de terrorismo por si só, mas o Tribunal Penal Internacional pode atuar, em circunstâncias limitadas, para processar terrorismo como crime de agressão ou crime contra a humanidade ou como crime autônomo⁶⁴⁴.

internacional contra a tomada de reféns (Resolução 34/146 da Assembleia Geral, 1979); Convenção sobre a proteção física dos materiais nucleares (Viena, 1979); Protocolo para a repressão de atos ilícitos de violência nos aeroportos destinados à aviação civil internacional (Montreal, 1988); Convenção para a supressão de atos ilícitos contra a segurança da navegação marítima (Roma, 1988); Protocolo para a supressão de atos ilícitos contra a segurança das plataformas fixas localizadas na plataforma continental (Roma, 1988); Convenção sobre a marcação dos explosivos plásticos para efeitos de detecção (Montreal, 1991); Convenção Internacional para a repressão dos atentados terroristas à bomba (Resolução 52/164 da Assembleia Geral, 1997); Convenção internacional para a supressão do financiamento ao terrorismo (Resolução 54/290 da Assembleia Geral, 1999); Convenção internacional para a repressão dos atos de terrorismo nuclear (Resolução 59/290 da Assembleia Geral, 2005); Convenção para a repressão de atos ilícitos relacionados com a aviação civil internacional – Nova Convenção da Aviação Civil – (Beijing, 2010).

⁶⁴³ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 15.

⁶⁴⁴ *Idem*.

Deste modo, estes desafios justificam a indispensabilidade de repensar o TPI através de um processo de atribuição de novas facetas e de exploração mais aprofundada de facetas já previstas no Estatuto. Mais concretamente, um repensar da competência deste órgão com a sua ampliação ao crime internacional de terrorismo – ou seja, atos terroristas em grande escala, os quais “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade”, dos quais resultam atrocidades “que chocam profundamente a consciência da Humanidade” e que afetam “a comunidade internacional no seu conjunto” parafraseando o preâmbulo, similarmente ao que se verifica com os crimes de maior gravidade sob a alçada do Tribunal – e um repensar da sua atuação com vista à proteção das populações desses crimes que se deverá inscrever no âmbito da realização da “responsabilidade de proteger”⁶⁴⁵.

A adoção da primeira convenção internacional para a prevenção e punição do terrorismo foi desencadeada pelo assassinato do rei Alexandre da Iugoslávia e do Sr. Louis Barthou, ministro dos Negócios Estrangeiros da República Francesa, em Marselha, em 9 de outubro de 1934, por iugoslavos emigrados. A Iugoslávia trouxe o incidente à atenção do Conselho da Liga das Nações e acusou a Hungria de cumplicidade nas atividades terroristas dos iugoslavos emigrados. A Iugoslávia acusou a Hungria de tolerar campos de treinamento terrorista no seu território, a partir dos quais os ataques terroristas foram lançados contra Iugoslávia, e de fornecer iugoslavos emigrados terroristas com passaportes húngaros para facilitar a sua livre circulação. O Conselho aprovou por unanimidade uma resolução que declarou que “certas autoridades húngaras podem ter assumido, em todo o caso por negligência, certas responsabilidades relativas a atos que têm uma conexão com a preparação do crime de Marselha”⁶⁴⁶.

Em resposta aos assassinatos, a Liga das Nações elaborou uma convenção para a prevenção e punição do terrorismo. A Convenção reafirmou o princípio do direito internacional em virtude da qual é o dever de todo Estado se abster de qualquer ato destinado a incentivar as atividades terroristas dirigidas a outro Estado e dirigiu-se aos delitos de terrorismo em geral⁶⁴⁷.

A definição de terrorismo na Convenção sobre Terrorismo da Liga das Nações não se limitou a atos realizados por instigação de agentes do Estado nem as disposições relativas à repressão de infrações terroristas faziam qualquer limitação. Definia-se como

⁶⁴⁵ SANTOS, Sofia. *O Tribunal Penal Internacional e a construção de uma ordem pública internacional*. Janus.Net e-journal of International Relations, Vol. 5, N.º 2, novembro 2014-abril 2015.

⁶⁴⁶ WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*, The University of Waikato, New Zealand, The Ashgate International Law Series, Series Editor: Alex Conte, OE CD, Paris, 2009, p. 49. League of Nations, Official Journal 1934 (July–December) 1712, 1713–4.

⁶⁴⁷ The League of Nations Terrorism Convention was opened for signature in 1937.

conspiração, incitação, participação voluntária e assistência ao terrorismo, mas o status de órgãos do Estado não era um elemento dessas infrações acessórias. A Liga das Nações também negociou uma Convenção para a criação de um Tribunal Penal Internacional, que só teria jurisdição sobre os crimes de terrorismo estabelecidos pela Liga das Nações. A criação de uma jurisdição penal internacional foi destinada a ajudar os Estados na insustentável situação política com base na presença de um alegado agressor terrorista em seu território que poderia ser acobertado por asilo ou norma proibitiva da extradição. A jurisdição internacional penal do Tribunal não era para ser exclusiva, pois seria exercida por opção do Estado em cujo território o presumível autor foi encontrado⁶⁴⁸. Em parte devido à situação política na Europa no final de 1930, nem a Convenção sobre Terrorismo e nem o Tribunal entraram em vigor.

A questão da responsabilidade penal internacional por atos de terrorismo ressurgiu após a Segunda Guerra Mundial, dessa vez sob a forma de um projeto de código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade. O primeiro Relator Especial concluiu que "as infrações contra a paz e a segurança da humanidade" referia-se a atos que, se cometidos ou tolerados pelo Estado, constituiriam violações do direito internacional e envolveriam responsabilidade internacional⁶⁴⁹. O Projeto de Código tornou a responsabilidade criminal individual independente das ofensas que poderiam apenas ser cometidas pelas autoridades de um Estado. O artigo 2 (6) do Projeto de Código adotado em 1954 definiu o crime de terrorismo como "a empresa ou incentivo pelas autoridades de um Estado de atividades terroristas em outro Estado, ou a tolerância por parte das autoridades de um Estado de atividades organizadas calculadas para realizar atos terroristas em outro Estado"⁶⁵⁰

Os trabalhos sobre o Projeto de Código foram suspensos em 1954 e retomados em 1981 e o relator especial Doudou Thiam reafirmou o papel da responsabilidade do Estado na definição dos crimes que estavam a cair dentro do âmbito do código. Ele considerou as proibições gerais em direito internacional apoiando a preservação da paz e da segurança a ser a base para criminalização do órgão estadual ou conduta de autoridade. Thiam caracterizou terrorismo como um crime contra a soberania e integridade territorial, definindo como o agente ou representante de um Estado que

⁶⁴⁸ Art. 2, League of Nations Convention for the Creation of an International Criminal Court, League of Nations.

⁶⁴⁹ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 16.

⁶⁵⁰ Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session, UN Doc. A/2693 (1954), p.151.

comete ou ordena a prática de qualquer dos seguintes atos: organizar, auxiliar, financiar, encorajar ou tolerar atos dirigidos contra outro Estado a pessoas ou bens e de tal natureza a criar um estado de terror nas mentes das figuras públicas, grupos de pessoas ou o agente público⁶⁵¹.

As observações ao artigo 24 revelaram uma controvérsia na relação entre indivíduo e responsabilidade do Estado no contexto do terrorismo, distinto do crime de agressão, em que a relação é elemento necessário do crime. Rejeitou-se que o delito de terrorismo deveria ser limitado aos atos praticados por ou em nome de um Estado, sem, no entanto, a possibilidade de esses crimes serem cometidos em nome de um Estado. Rejeitou-se o projeto diante da ausência de uma definição aceita pelos Estados. Contudo, Thiam propôs que a definição de terrorismo como um delito cometido por particulares na qualidade de membros de um grupo, movimento ou associação.

Em última análise, o terrorismo foi excluído do Projeto de Código em razão da ausência de uma definição exata e da discordância em relação ao Estado ou capacidade privada de atores terroristas que deverão ser criminalizados.

O Projeto de Código logo foi ultrapassado pelo projeto do Tribunal Penal Internacional. Em 1989, Trinidad e Tobago apresentou uma proposta à ONU sobre a criação de um Tribunal Penal Internacional. A Assembléia Geral, em resposta a essa proposta, solicitou à Comissão de Direito Internacional para começar a elaboração de um estatuto para responsabilização internacional penal. Artigo 20 (e) do projeto do Estatuto de 1994 estipulou que o Tribunal Penal Internacional teria jurisdição sobre o terrorismo em casos que “constituem excepcionalmente crimes graves de preocupação internacional”⁶⁵², no entanto, não houve acordo sobre o terrorismo como um crime dentro da jurisdição do TPI.

Os ataques contra o World Trade Center em setembro de 2001 foram categorizados pelo então Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, Mary Robinson, como um Crime contra a humanidade, que é dos crimes fundamentais para a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), embora nesse caso não pudesse existir jurisdição retroativa, tendo em vista que o TPI apenas atuaria no ano de 2002. Contudo, o crime de terrorismo não estava expressamente previsto no Estatuto de Roma por objeção de alguns Estados, incluindo os EUA e Reino Unido, pelo argumento de que as

⁶⁵¹ Art. 24, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, UN Doc. A/46/10 (1991), p. 97.

⁶⁵² Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, UN Doc. A/49/10 (1994).

infrações seriam tratadas pelos sistemas nacionais em cooperação com os outros países⁶⁵³.

Como concessão aos Estados, que pressionavam para a inclusão do terrorismo no Estatuto de Roma, uma resolução foi incluída na Ata Final da Conferência de Roma, que recomendava que a Conferência de Revisão definisse o terrorismo e fizesse a inclusão na jurisdição do TPI. Na 8ª Sessão da Assembleia dos Estados partes, um ano antes da Conferência de Revisão em 2010, os Países Baixos propuseram que o terrorismo fosse incluído como crime da jurisdição do TPI nos termos do artigo 5º do Estatuto de Roma, com deferimento do exercício da jurisdição pelo Tribunal até a definição e as modalidades para o exercício dessa competência⁶⁵⁴.

Houve discordância sobre uma definição suficientemente clara do terrorismo para fins de inclusão dentro da jurisdição do TPI, e pelo fato de a Conferência de Revisão de 2010 ter sido focada no crime de agressão, o terrorismo não foi discutido. Como resultado, o terrorismo, como crime internacional autônomo, ainda não foi incluído na jurisdição do TPI.

Contudo, o crime de terrorismo pode ser considerado um crime de agressão previsto no Estatuto de Roma? O crime de agressão é o planejamento, a preparação, o início ou execução, por uma pessoa em uma posição de forma eficaz para exercer controle ou para dirigir a política ou ação militar de um Estado, de um ato de agressão que, pela sua natureza, gravidade e escala, constitui manifesta violação da Carta das Nações Unidas.

Embora inicialmente um ponto de debate, a Conferência de Revisão de 2010 aceitou o conceito de que o "ato de agressão": o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outro modo incompatível com a Carta das Nações Unidas, e inclui uma lista de atos conforme o artigo 3º da Definição de Agressão da ONU. Esses atos podem enquadrar-se como terrorismo para serem julgados perante o TPI como o crime de agressão, a exemplo do envio por ou em nome de um Estado de bandas armadas, grupos irregulares ou mercenários, que realizam atos de força armada contra outro Estado de gravidade, como a invasão, ataque, bombardeio, ou bloqueio, ou a sua participação

⁶⁵³ McGOLDRICK, Dominic. *From '9-11' to the 'Iraq war 2003'* *International law in an Age of complexity*, Professor of Public International Law, Director of the International and European Law Unit, Liverpool Law School, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004, p. 20-22.

⁶⁵⁴ ICC, Assembly of States Parties, 8th Session in the Hague, 18–26 November 2009, Official Records, Vol. I, ICC-ASP/8/20.

substancial nele configurando um ato de agressão para o qual um líder de Estado podia suportar a responsabilidade nos termos do Estatuto de Roma.

Determinações de responsabilidade criminal individual para os atos enumerados de agressão nos termos do artigo 3º da Definição de Agressão da ONU serão automaticamente traduzíveis em responsabilidade do Estado pelos atos de agressão, pois, com a exceção de (g), todos os atos de agressão listados são realizadas pelos militares de um Estado, para o qual o Estado seria responsável internacionalmente com base no seu órgão militar⁶⁵⁵.

A definição de agressão certamente poderia formar a base de uma determinação de responsabilidade do Estado sempre que a questão seja posta à CIJ, tais determinações seria em grande parte irrelevante no contexto do terrorismo. Porém, o ato de agressão é realizado por bandos armados enviados por ou em nome do Estado, e da mesma forma que a conduta militar é atribuível a um Estado, em virtude do estatuto de órgão das forças armadas, os atos de agressão realizados pelos bandos armados serão imputáveis ao Estado, em conformidade com o (g) do artigo 3º da Definição de Agressão da ONU, e daria efeito a responsabilidade do Estado para um ato de terrorismo no valor de agressão⁶⁵⁶. Mas dificilmente ensejaria responsabilização individual penal perante o TPI.

Então, o terrorismo poderia se enquadrar no crime contra a humanidade? Segundo o Estatuto de Roma, crime contra a humanidade é definido como qualquer um de uma lista de atos enumerados (incluindo assassinato, extermínio, tortura, estupro, perseguição e o desaparecimento forçado de pessoas) quando cometido como parte de

⁶⁵⁵ Resolução 3314 (XXIX) da AGNU sobre definição de agressão de 1973, artigo 3º (a) invasão ou ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, mesmo temporária que resulte dessa invasão ou ataque, ou toda anexação, por meio do uso da força, do território de outro Estado ou de parte dele;

(b) bombardeio do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;

(c) bloqueio de portos ou do litoral de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;

(d) ataque pelas forças armadas de um Estado às forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, à sua frota mercante ou aérea;

(e) utilização de forças armadas de um Estado, que se encontrem no território de outro Estado com o consentimento do estado receptor, em violação às condições do consentimento ou como extensão de sua presença no referido território depois de retirado o consentimento;

(f) ação de um Estado que permite que seu território, quando posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por esse outro Estado para praticar um ato de agressão contra um terceiro Estado;

(g) envio, por um Estado ou em seu nome, de grupos armados, de grupos irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado, de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos antes enumerados, ou sua substancial participação na prática de tais atos.

⁶⁵⁶ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 18-19.

um ataque generalizado ou ataque sistemático, contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque. É relativamente incontroverso que certos atos de terrorismo, se cometidos em escala suficiente significativa, constituiria crime contra humanidade⁶⁵⁷.

Os indivíduos podem ser penalmente responsáveis por ordenar, solicitar ou induzir a prática de um crime contra a humanidade, o auxílio, a cumplicidade ou caso contrário, auxiliando na prática de um crime contra a humanidade, incluindo o fornecimento de meios para a sua realização; ou de qualquer outra forma a contribuir para a prática ou tentativa por um grupo de pessoas agindo com um objetivo comum, desde que essa contribuição seja intencional e efetuada com o objetivo de promover a atividade criminosa ou os objetivos criminosos do grupo ou é feito com o conhecimento da intenção do grupo para cometer o crime.

A jurisprudência dos tribunais penais internacionais considerou que a ordem para a prática de uma infração implica uma pessoa em uma posição de autoridade usando essa posição para convencer alguém a cometer um crime⁶⁵⁸. A jurisprudência foi dividida, no entanto, sobre se uma relação superior/subordinado é um elemento necessário para a prática de uma infração. Se uma relação superior/subordinado é uma condição necessária do crime contra a humanidade, os funcionários do Estado que ordenaram os atores não estatais a cometer um ato de terrorismo ficariam impunes, pois os grupos terroristas não estatais estariam fora do tipo penal e não tendem a estar em uma relação de subordinação aos funcionários públicos relevantes.

Contudo, o Estatuto de Roma não exige uma relação superior/subordinado, e por isso não é necessário que a pessoa que solicitar ou induzir esteja em condições de autoridade sobre a pessoa que de fato cometer o crime. A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional define 'ajuda e cumplicidade com conhecimento de causa, participação na prática de uma infração, sendo participação direta que afeta de forma substancial a prática desse crime, por meio do apoio atual, antes, durante ou após o incidente'⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ O ICTY reconheceu expressamente que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos por grupos ou organizações terroristas. Tadić (TPIJ-94-1-T), parágrafos 654-5. Veja também Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o trabalho de sua quadragésima sexta sessão, Doc ONU. A / 49/10 (1994), parágrafo 21 (observando que uma campanha sistemática de terror cometida por algum grupo contra a população civil cairia na categoria de crimes contra a humanidade sob a lei internacional geral); Relatório do grupo de trabalho de orientação sobre as Nações Unidas eo terrorismo, Doc ONU. A / 57/273 (2002), anexo, parágrafo 26.

⁶⁵⁸ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 20. Krstić (TPIJ-98-33-T), parágrafo 601; Akayesu (ICTR-96-4-T), parágrafo 483.

⁶⁵⁹ Art. 25 (3) (a), (b), (c) e (d) do Estatuto de Roma.

Mais uma vez o Estatuto de Roma criminaliza qualquer outra contribuição intencional e conhecimento para a prática ou tentativa de comissão de um crime contra a humanidade por um grupo de pessoas agindo com um propósito comum. Aplicado ao terrorismo como crime contra a humanidade, essas modalidades de crime podem criminalizar o apoio estatal ao terrorismo. Bem como não se limita aos crimes de liderança, mas também não exclui a responsabilidade do Estado em razão dos agentes que tenham encomendado ou auxiliado na perpetração de crime contra humanidade.

A esse respeito, o Projeto de Código sobre terrorismo aprovado em primeira leitura criminalizava a empresa que organizava, auxiliava, financiava, incentivando ou tolerando os atos terroristas, por um agente ou representante de um Estado, contra outro Estado.

Atos de terrorismo realizados por atores não estatais que são imputáveis ao Estado, por terem sido enviados por este, podem ser responsabilizados perante o TPI. Da mesma forma, os agentes estatais que têm diretamente participado ou atos de terrorismo que são de gravidade suficiente suportada e de outra forma satisfizer os elementos de crimes contra a humanidade podem ser processados perante o TPI. Além disso, a determinação da responsabilidade criminal individual pelo TPI poderia formar a base para o Estado de origem da vítima responsabilizar o Estado de envio perante o CIJ. Qualquer determinação da responsabilidade criminal individual pelo TPI em matéria de terrorismo, como crime contra humanidade e como resultado, pode desempenhar um papel importante na concretização da responsabilidade de um Estado por terrorismo, independentemente da responsabilidade individual.

A promessa de processos do TPI por atos terroristas não é ilimitada, pois a jurisdição do TPI se baseia no consentimento do Estado e é limitada aos crimes cometidos no território ou pelos nacionais dos Estados partes. Mesmo com uma jurisdição internacional penal permanente, a tensão entre um sistema legal consensual com base no estado soberania, e a imposição de responsabilidade criminal individual, não foi totalmente resolvido.

O Conselho de Segurança tem, em várias ocasiões que envolvem alegações de envolvimento com o terrorismo, usado seu Capítulo VII para facilitar o julgamento de atores terroristas individuais. Sob o Estatuto de Roma, o Conselho de Segurança é habilitado a usar o Capítulo VII para solicitar a intervenção do Procurador do TPI. O Conselho de Segurança pode, portanto, estar em condições de garantir que os atos de terrorismo sejam considerados crimes contra humanidade, pois de outra forma, não

estariam inseridos na jurisdição do TPI. Além de garantir que não há impunidade para os atos terroristas cometidos por agentes estatais ou com o apoio ativo de um Estado, referências do Conselho de Segurança para o TPI, e processos bem sucedidos, pode formar a base de uma constatação de responsabilidade pela Corte Internacional de Justiça⁶⁶⁰.

Embora muito tenha sido dito a respeito do recurso, bem como as armadilhas, do princípio da jurisdição universal em relação a genocídio, tortura, crimes contra a humanidade e outras violações graves dos direitos humanos, a discussão sobre o uso da jurisdição universal em relação ao terrorismo é importante. O uso de jurisdição universal em relação ao terrorismo pode não ser sem precedentes. Crime que tem uma longa história de associação com o princípio da jurisdição universal é a pirataria. Pode-se, talvez, bastante facilmente estender a justificação para a utilização da jurisdição universal em casos de pirataria para casos envolvendo o sequestro de aviões e navios. Mas é importante, especialmente no ambiente atual, a considerar o uso de jurisdição universal para lidar com crimes terroristas em geral e não apenas em relação àqueles que estão empenhados em alto mar, no espaço aéreo internacional, ou com várias reivindicações de competência territorial⁶⁶¹.

A competência em razão da territorialidade para processar e julgar os atos terroristas faz com que os Estados não tenham obrigação de extraditar os acusados para seu país de origem. Ocorre que em determinados Estados a legislação não cumpre o devido processo legal, e é exatamente o que os Estados Unidos têm feito para o resto do mundo com os seus procedimentos altamente controvertidos para deter e processar suspeitos de terrorismo após os ataques de setembro de 2001. Há boas razões para informar que esses procedimentos não satisfazem o devido processo legal. Assim, se uma nação se recusa a honrar pedido dos Estados Unidos para extraditar alguém encontrado dentro de seu território para os Estados Unidos com o fim de julgamento por práticas terroristas, alguém poderia pensar que ele pode realmente ser moralmente justificado a fazê-lo. Na verdade, pode-se ir mais longe e argumentar que a recusa de extraditar não só é permitida, mas também moralmente necessária. Plausivelmente,

⁶⁶⁰ TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011, p. 20-21.

⁶⁶¹ LEE, Win-Chiat. *Terrorism and Universal Jurisdiction*. In *Intervention, Terrorism, And Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory*, Edited by Steven p. Lee, Hobart and William Smith Colleges, Geneva, NY, U.S.A, 2007, 204-205. *James D. Fry, Terrorism as a crime against Humanity and Genocide : The backdoor Universal Jurisdiction* 7 ucla j. Int'l l. & Foreign aff. 169, 2002, p. 5.

pode-se afirmar que é moralmente errado uma nação extraditar conscientemente alguém para outra nação que provavelmente não vai proporcionar à pessoa o devido processo legal⁶⁶².

Com efeito, de modo geral, a jurisdição universal seria ferramenta muito útil para qualquer nação que negaria certa extradição os pedidos por razões de justiça ou de humanitarismo. Ao exercer a jurisdição universal, no entanto, uma nação tem de determinar primeiro se não há outra nação com competência para o assunto e que estaria em posição melhor para julgar o caso com justiça. Mencionei que uma nação afirmar jurisdição universal sobre um caso deve prosseguir com a acusação do caso, desde que possa dar ao acusado julgamento justo. Para ter certeza, sem a cooperação do Estado territorial, qualquer nação no exercício da competência universal terá de lidar com alguns problemas práticos, tais como a forma de fazer provas e testemunhas disponíveis tanto para a acusação e quanto para a defesa. Tais problemas podem afetar seriamente a sua capacidade de realizar um julgamento justo. Mas não se deve generalizar esse problema, pois pode haver casos em que testemunhas e provas tanto de acusação e como de defesa estão disponíveis fora do Estado territorial e são suficientes para suportar um julgamento justo. Também pode haver casos em que os Estados estão dispostos a cooperar para a solução de problemas relativos à disponibilidade de provas e testemunhas⁶⁶³.

A defesa da jurisdição universal sobre o terrorismo tem fundamento na concepção tradicional de soberania, o exercício legítimo de um Estado e seu poder político por intermédio de suas leis, e tem limites, não só territoriais, mas também sociais, pois se limita a determinado grupo de pessoas, ou seja, os cidadãos do Estado. O principal interesse moral por trás do exercício da jurisdição universal para o terrorismo, bem como uma série de outros casos de violações dos direitos humanos, é, presumivelmente, a preocupação com a impunidade para crimes graves. A jurisdição universal só se justifica à medida que aborda o problema da impunidade como uma preocupação de justiça⁶⁶⁴.

Os crimes previstos expressamente no Estatuto de Roma e o terrorismo afetam negativamente o interesse comum de toda a humanidade, independentemente de onde eles ocorrem. É o envolvimento do interesse comum de toda a humanidade no último

⁶⁶² *Idem.*

⁶⁶³ *Idem.*

⁶⁶⁴ *Idem.*

tipo de crime que o torna adequado para tratar como crimes internacionais. Desse ponto de vista, alega-se que, enquanto um assassinato, por motivo financeiro, afeta só a comunidade em que tem lugar, o genocídio, mesmo que praticado dentro de um Estado, é levado a ter implicações para a paz internacional e segurança - um interesse comum de toda a humanidade - independentemente do lugar.

O terrorismo também possui implicações para a paz e segurança internacional, ou seja, o interesse comum é o argumento para a jurisdição internacional, em especial a preocupação com o fracasso da competência territorial para fazer justiça para esse tipo de crime, juntamente com a alegação de que tais falhas podem ser corrigidas com a jurisdição universal. Tomemos, por exemplo, os crimes do Estatuto de Roma em que, muitas vezes, não conseguem processar por causa do interesse do Estado ou por falta de estrutura ou imparcialidade do poder judiciário, principalmente em razão dos atos serem frequentemente cometidos pelos funcionários ou agentes do Estado⁶⁶⁵.

Parece-me que o terrorismo, bem como o genocídio, a tortura, os crimes contra a humanidade, e todos os outros crimes internacionais estão sujeitos à jurisdição universal por serem crimes de *jus cogens*, em respeito ao direito internacional dos direitos humanos e do princípio de justiça que não contém elementos convencionais. Ou seja, o mundo tem o dever moral de se unir e incluir o terrorismo como crime sujeito à jurisdição universal, mas em vez de Estados individuais exercerem a jurisdição universal, o ideal não seria a extradição para o país onde foi cometido o crime, mas sim a entrega ao Tribunal Penal Internacional que possui jurisdição permanente, universal e imparcial. Se os Estados territoriais voluntariamente concordarem em submeter tais casos ao TPI, toda a questão controversa da extradição e da jurisdição universal poderia certamente ser evitada.

No âmbito interno, o Código Penal português tratava das organizações terroristas e do terrorismo até a revogação de suas disposições pela Lei nº 52/2003 (Lei de combate ao terrorismo), que passou a regulamentar a matéria especificamente, apresentando diversas condutas tipificadas como terrorismo e punidas com pena entre um e quinze anos de prisão, além de multa.

Essa lei destaca no artigo 1º que seu objeto é a previsão e a punição de atos e organizações terroristas, definindo-as, no Artigo 2º, como “todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, atuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a

⁶⁶⁵ *Idem.*

independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante “a prática de diversos atos considerados crimes pelo ordenamento nacional, bem como “quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais”.

No Brasil, a Constituição Federal apresenta em seu Artigo 4º, VIII, o repúdio ao terrorismo como um dos princípios que regem suas relações internacionais, sendo o crime de terrorismo considerado em seu Artigo 5º, XLIII, como crime inafiançável e insusceptível de graça ou anistia, acrescentando-se, pelo inciso XLIV, a imprescritibilidade dos crimes que consistam na ação armada de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Tais comandos constitucionais se complementam por uma série de leis que tratam do tema: a Lei nº 6.815/1980 – considera que o terrorismo não se enquadra como delito político; Lei nº 7.170/1983 – considera atos terroristas como crime contra a segurança nacional e a ordem política e social; Lei nº 8.072/1990 – considera o terrorismo como crime hediondo; Lei nº 9.613/1998 – estabelecia como crime de lavagem de dinheiro, qualquer atividade destinada a ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de terrorismo e seu financiamento, embora essa disposição tenha sido posteriormente revogada; Lei nº 10.309/2001 – dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras.

Tramita no Congresso Nacional brasileiro o projeto de nº 499/2013 que tipifica o crime de terrorismo, definindo-o como “qualquer ato praticado com uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vistas a desestabilizar instituições estatais”. O artigo 2º atribui à polícia federal a competência de combater este fenômeno, constituindo como atividade de prevenção a atuação de inteligência policial para detecção e antecipação de atos terroristas, podendo-se utilizar de mecanismos, desde que autorizados pelo Poder Judiciário, como as quebras de sigilos postal, telefônico, financeiro, bancário e eletrônico (Artigos 3º e 4º).

Outro projeto de lei, de nº 101/2015, que foi aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República e publicado como a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, define o terrorismo como a prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos no artigo 2º, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. A lei estabelece atos de terrorismo no artigo 2º, parágrafo 1º:

1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência⁶⁶⁶.

O artigo 5º estabelece a responsabilidade penal do agente que recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade que envolva a prática ou atos preparatórios do terrorismo. Bem como aquele que receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução do crime de terrorismo, incorrendo na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de

⁶⁶⁶ Artigo 2º, § 2º, dispõe que este artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática do terrorismo.

Relatores da ONU criticaram o projeto de lei antiterrorismo, pois era muito amplo e continua da mesma forma na recente lei: “Definições imprecisas ou demasiadamente amplas sobre terrorismo abrem a possibilidade do uso deliberadamente indevido do termo”, alertaram os relatores. Por isso, legislações que visam combater o terrorismo devem ser suficientemente precisas para cumprir com o princípio de legalidade, a fim de evitar que possam ser utilizados contra a sociedade civil e os defensores de direitos humanos, e criminalizar atividades pacíficas na defesa dos direitos das minorias, religiosos, trabalhistas e políticos.

Tal deixa legislativa levaria a uma promulgação parecida com o *USA Patriot Act* à medida que definem o crime de terrorismo doméstico. O *USA Patriot Act* foi assinado pelo então presidente dos Estados Unidos George W. Bush em 26 de outubro de 2001, após os ataques de 11 de setembro. A polêmica do texto legal norte-americano está contida no parágrafo 802, o qual incita a definição de terrorismo doméstico:

Seção 802. Definição de Terrorismo Doméstico (...)

(5) o termo terrorismo doméstico significa atividades que:

- a) configurem atos perigosos à vida humana que são uma violação de leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer outro Estado;
- b) que pareçam pretender intimidar ou coagir uma população civil,
- c) influenciem a política de um governo por intimidação ou coação,
- d) visem modificar a conduta de um governo utilizando-se de destruição em massa, assassinatos ou sequestros; (...)

O *USA Patriot Act* concebe uma vasta discricionariedade ao governo norte americano para definir expressões como “terrorismo doméstico”; “atos perigosos”; “pareçam pretender”; “influenciem a política de um governo por intimidação ou coação”.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) tem negado diversos pedidos de extradição com base no crime de terrorismo cometido em país estrangeiro, em razão da ausência de tipificação no ordenamento jurídico interno, recentemente solucionado. Um exemplo foi o acórdão proferido em 2014, relativo ao Pedido de Prisão Preventiva para Extradição (PPE) de nº 730, em que o Estado do Peru pede a extradição de um sujeito que havia cometido “crime de terrorismo” nesse país e lá ser preso preventivamente.

Um dos motivos que levaram os ministros a julgar por unanimidade a não extradição do acusado foi dada a fundamentação do ministro relator Celso de Mello, preceituando que a extradição apenas pode ser conferida caso haja a dupla tipificação do ato, ou seja, seja tipificada tanto no Brasil quanto no país requerente. Além do mais, ratificou o entendimento de que o terrorismo não pode ser concebido como crime político para que não haja extradição, mesmo que não haja definição certa do que seja terrorismo, por conta do compromisso do Estado brasileiro em combater os atos terroristas:

Cabe referir, nesse contexto, ante a sua inquestionável relevância político-jurídica, a assinatura, pelo Brasil, em 03/06/2002, em Barbados (32ª Assembleia Geral da OEA), da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, definido, pelos membros integrantes da Organização dos Estados Americanos, como “uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)” (Artigo 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política.

O Ministro Relator ainda continua sua argumentação alegando que mesmo não havendo a tipificação uníssona do crime de terrorismo em âmbito internacional e interno, não será óbice para que o governo brasileiro permita a extradição de indivíduos que alegam ser o terrorismo um crime político, de acordo com um julgado do próprio STF (Ext 855/Chile):

A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII, da Constituição da República – que veda a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião – não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista.

A extradição – enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum – representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui ‘uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)’ (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política. (...).

No entanto, Celso de Mello julga que a heterogeneidade formal concernente *nomen iuris* das infrações penais não opera como razão obstativa da extradição, desde que “o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro (a República do Peru, no caso)”. A variação terminológica não importa, desde que a qualificação jurídica do crime seja equivalente no Brasil e no país requerente.

O STF não concebeu o pedido de extradição por conta do Estado do Peru não ter respondido o pedido do governo brasileiro para melhor explicar os atos cometidos pelo acusado e, portanto, não poderia deferir o requerimento. Os demais ministros ratificaram o entendimento do Ministro Relator e acordaram por não deferir o pedido de extradição.

No julgado, Celso de Mello ainda explica porque reforçou a necessidade de tipificação sobre terrorismo. Contudo, recentemente a Lei nº 13.260, de 2016, poderá facilitar a concessão dos pedidos de extradição pautados em crimes desta natureza, contudo, permanece com tipificação extremamente ampla, vaga e imprecisa, passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A comunidade internacional abordou o terrorismo internacional como um fenômeno criminoso, resultando na elaboração de um quadro extenso de Convenções sobre a Supressão do Terrorismo que exigem a extradição de alegados infratores ou a submissão do caso às acusações.

Entretanto, diante de tipificações imprecisas e da dificuldade de responsabilização justa e imparcial ou dificuldades de provas resultantes de comprovação da natureza clandestina do terrorismo, entende-se que, por causa da margem de apreciação embutida no *aut dedere aut judicare*, e as realidades da cooperação internacional penal (ou falta dela), deve-se incluir o terrorismo na competência do Tribunal Penal Internacional.

O princípio da jurisdição universal é forma de reconhecimento de sua competência. O TPI atuará conforme o princípio da territorialidade que permite a jurisdição quando o réu é um cidadão de um Estado membro ou de onde o crime ocorreu dentro de um Estado membro, porém, quando nenhum desses critérios for cumprido, o Estado não membro em que o recorrido alega nacionalidade ou onde ocorreu o crime, pode o TPI exercer jurisdição sobre o réu, a partir da atuação do Conselho de Segurança da ONU, que pode enviar o caso ao promotor, independentemente dos Estados em questão. Essa previsão se fundamenta na jurisdição universal e de um tribunal internacional livre para exercer jurisdição sobre os indivíduos que cometem crimes de guerra, crimes contra a humanidade, e genocídio porque os Estados, independentemente de concordarem sobre a criação do TPI, cada um tem

jurisdição universal sobre tais criminosos, esta é a lógica por trás desse regime jurisdicional⁶⁶⁷.

Há duas maneiras sobre como incluir o terrorismo internacional na jurisdição do TPI. A primeira maneira é pela alteração do Estatuto do TPI, com a revisão do texto, contudo, se essa alteração for feita, só será obrigatória para os Estados que aceitarem. Porém, diante das dificuldades de definição, poderá nunca existir consenso. A segunda maneira, mais apropriada, seria sem alteração do Estatuto, mas interpretando os atos de terrorismo como crimes que se enquadram na definição de um dos crimes já de competência do TPI⁶⁶⁸.

O enquadramento do terrorismo em um dos crimes previstos no Estatuto é reflexo do desenvolvimento progressivo do direito internacional penal como novas perspectivas no futuro.

5.3 - Perspectivas de futuro

O artigo 13º da Carta das Nações Unidas confere à Assembleia Geral fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação. O artigo 15º do Estatuto da Comissão de Direito Internacional define que a codificação visa à conversão das normas costumeiras num corpo de normas escritas, precisas e agrupadas de forma sistemática e o desenvolvimento progressivo é a consagração de regras novas a partir do direito existente ou em vias de formação. A codificação segue três operações: a identificação de normas costumeiras em vigor, precisando analisar o seu sentido e alcance para se adequar às necessidades da comunidade internacional, denominada de codificação declarativa; a adaptação evolutiva das normas existentes no contexto atual das relações internacionais, denominada de codificação/revisão; e por último, a afirmação de normas novas naqueles domínios em que a prática estadual é escassa, denominada de codificação criadora ou legislativa⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ James D. Fry, *Terrorism as a crime against Humanity and Genocide : The backdoor Universal Jurisdiction* 7 ucla j. Int'l l. & Foreign aff. 169, 2002, p. 10-12.

⁶⁶⁸ GALINGGINGT, Ridarson. *Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity Under The Icc Treaty*. 7 Indonesian J. Int'l L. Vol. 7 N. 4 July, 2010, p. 750.

⁶⁶⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 605-606. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional*

Na ordem internacional deriva daquela operação um feito inclusivo ou de coexistência: a norma codificada coexiste com a norma costumeira originária, que, não fora a possibilidade de manter incólume essa sua natureza, veria porventura limitada a sua eficácia, a um tempo subjectiva ou objectiva, por força do princípio da relatividade dos efeitos dos tratados. Constitui objetivo primordial da codificação, como se disse, a reunião de uma regulamentação dispersa, fragmentária e por vezes de conteúdo indefinido, num conjunto coerente, estabilizado e devidamente sistematizado⁶⁷⁰.

Segundo Yves Daudet, a codificação realiza o agrupamento sistemático de normas costumeiras e de instrumento privilegiado de elaboração e desenvolvimento do direito internacional, ou seja, a codificação do direito internacional ocasiona o efeito de coexistência, ambas as normas permanecem em vigor, ainda que com alcance diferenciado⁶⁷¹.

Dito de outro modo, a codificação é uma formulação e sistematização mais precisa de regras de Direito Internacional em áreas onde exista extensa prática dos Estados, precedentes e doutrina, ou seja, é uma operação de conversão de regras existentes num corpo de regras escritas sistematicamente agrupadas. A codificação tem efeito declaratório pela codificação simples ou reafirmação de uma regra já existente do direito costumeiro; um efeito cristalizador, que confere validade a uma regra de direito costumeiro em formação. O desenvolvimento progressivo é a preparação de convenções sobre assuntos que não tenham ainda sido reguladas, ou seja, é uma operação de afirmação de regras novas. O efeito do desenvolvimento progressivo implica a formação de uma nova regra jurídica e pode ter como consequência a transformação paulatina dessa regra em direito costumeiro⁶⁷².

A codificação possui também a tarefa que permite simultaneamente reforçar e expandir a norma de direito internacional. Reforçar refere-se ao efeito clarificador da existência da norma costumeira que depois de codificada, positivada, pode produzir outros processos costumeiros ulteriores, conforme as necessidades da comunidade internacional, servindo também como guia para a jurisprudência internacional, pois a

Público, 2ª edição, tradução de Vitor Marques Coelho, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 32-56.

⁶⁷⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 609.

⁶⁷¹ DAUDET, Yves. *Actualités de la codification du droit international*. RCADI, Tome 303, 2003, p. 36-37.

⁶⁷² KOWAALSKI, Mateus. *A Ordem Pública Universal como o fim da História? Universalização e dilemas da codificação e desenvolvimento do direito internacional*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 870.

codificação se desenvolve com o passar do tempo, ainda que seja uma resolução ou uma convenção ainda não ratificada, mas que na substância é um *soft law*. Expandir, pois as normas internacionais que se projetam para a ordem jurídica interna, contribuindo para a ordem nacional⁶⁷³.

Contudo, existe agora uma tendência para a substituição da normatividade concebida do passado pela nova graduação da normatividade. Embora seja sempre difícil de localizar o limiar de uma norma jurídica: a norma que cria direitos e obrigações legais são vinculantes e a sua violação enseja responsabilidade internacional. Não houve distinção sobre que pontuação haveria entre uma norma jurídica e outra. Mas a teoria do *jus cogens*, com a sua distinção entre normas peremptórias e normas apenas vinculativas, com sua distinção, entre as normas que criam obrigações essenciais para a preservação dos direitos e interesses fundamentais e normas que criam obrigações de tipo menos essencial, estão levando à cisão dessa unidade. Normatividade está se tornando uma questão de "mais ou menos": algumas normas são agora consideradas de maior gravidade específica do que outras, para ser mais vinculativa do que outras. Assim, a escala da normatividade ressurge em nova roupagem, suas gradações estão situadas no limiar da normatividade. A escala de normatividade já foi projetada e prolongada no próprio domínio normativo, de forma que existem "normas e normas."⁶⁷⁴

Ademais, o desenvolvimento progressivo do direito internacional permite maior relativização da normatividade internacional. Esse desenvolvimento é fator de progresso em muitos aspectos. Ao colocar a ênfase na "consciência jurídica", que ajuda a garantir a primazia da ética sobre a aridez da lei positivada, ou seja, sem a moral, valores, o direito internacional não é senão um artifício sem alma que é a mensagem essencial de novas teorias⁶⁷⁵. A comunidade internacional foi colocada para primeiro plano e reflete a consciência de aumentar a solidariedade e a aspiração a uma maior unidade diante das diferenças ideológicas e econômicas, em uma luta pela justiça. Busca-se transcender a sociedade internacional tradicional composta de egoísmos justapostos, pela busca do "bem comum" e "valores" comuns e pode-se até ver nele um retorno inesperado às

⁶⁷³ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 613-614.

⁶⁷⁴ WEIL, Prosper. *Towards relative normativity in international law?* The American Journal Of International Law, Vol. 77, 1983, p. 421.

⁶⁷⁵ Nas palavras de Verdross "o mínimo ético deve ser reconhecido por todos os membros da comunidade internacional" (Tratados de Direito Internacional, 31 AJIL 571, 574 (1937)).

fontes históricas do direito internacional: a "lei natural irreduzível"⁶⁷⁶. Portanto, pelo desenvolvimento progressivo, julga-se interpretar as normas atuais em benefício das vítimas de ataques terroristas.

Sobre o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos, Hans Joas, ao analisar a genealogia dos direitos humanos, argumenta que o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já previa direitos humanos naturais, inalienáveis, sagrados, visando o estabelecimento de um critério supratemporal para a apreciação de instituições e ações estatais “a fim de que os atos dos poderes Legislativo e Executivo possam a todo o momento ser cotejados com o fim último de cada instituição política e, por essa via, possam ser mais respeitados”. Ainda, “A linguagem dos direitos naturais era extremamente apropriada para promover a supressão dos privilégios aristocráticos e clericais” privilégios que atualmente diante do cometimento de crimes internacionais também devem ser suprimidos ⁶⁷⁷.

As possíveis consequências negativas da relativização da normatividade internacional devem ser consideradas como efeitos secundários das mudanças que em si são benéficas. Julga-se conceder maior substância moral e uma maior solidariedade no alcance da normatividade. Numa altura em que a sociedade internacional precisa mais do que nunca de uma ordem normativa capaz de assegurar a coexistência pacífica e a cooperação na diversidade, o tratamento igualitário entre as entidades soberanas, mas igualmente, estabelecer mecanismos de responsabilização internacional do Estado e do indivíduo, em conformidade com os princípios de jurisdição universal, imparcial e do

⁶⁷⁶ WEIL, Prosper. *Towards relative normativity in international law?* The American Journal Of International Law, Vol. 77, 1983, p. 422-423. DUPUY, *Communauti internationale et disparitis de developpement*, 165 Recueil Des Cours 11 (1979 Iv).

⁶⁷⁷ JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélío Schneider de *Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p.34-82. A gênese dos direitos humanos no final do século XVIII é a expressão de um deslocamento cultural de grande alcance, mediante o qual a própria pessoa humana se transforma em objeto sagrado que inicialmente foi apresentado por Émile Durkheim: “Essa pessoa humana, cuja definição é como a pedra de toque a partir da qual o bem deve se distinguir do mal, é considerada como sagrada, como se diz, no sentido ritual da palavra. Ela tem algo dessa majestade transcendente que as igrejas de todos os tempos emprestam aos seus deuses; é concebida como investida dessa propriedade misteriosa que produz um vazio em volta das coisas santas, que as subtrai aos contatos vulgares e os retira de circulação comum. E é precisamente daí que vem o respeito da qual se faz objeto. Quem quer que atente contra a vida de um ser humano, à honra de um ser humano, nos inspira um sentimento de horror, em tudo análogo àquele sentido pelo crente que vê profanarem seu ídolo.”Durkheim, *Der Individualismus und Intellektuellen*, 1898,p. 56-57. Durkheim fala da santidade, da sacralidade da pessoa e Kant fala da santidade no mesmo lugar que desenvolve o conceito de dignidade que é tudo aquilo que não tem e não pode ter preço, e por isso não permite qualquer equivalência. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik*, 1785, p.68.

devido processo legal, nos casos de violações de direitos humanos, quando as jurisdições nacionais forem falhas ou omissas.

A codificação e o desenvolvimento progressivo do direito internacional penal assumem tarefa difícil e é um desafio para julgar e punir os responsáveis pelas mais graves infrações internacionais, pois os tipos penais dependem de um rigor conceitual, coerência e homogeneidade, a exemplo dos atos terroristas que não possuem uma tipificação uníssona em todos os instrumentos jurídicos nacionais. Contudo, a conversão de costumes em normas escritas contribui para a defesa da justiça e para a civilização, pressupondo um grau de solidariedade e de comunhão de valores. Uma grande influência do direito internacional na ordem jurídica interna propicia uma harmonização e unificação de certos princípios e regras jurídicas e o recuo das razões de Estado em nome e na defesa de interesses coletivos e dos valores da humanidade⁶⁷⁸.

A instabilidade fundamental da diferenciação normativa explica porque existe maior incerteza quando se trata de destacar as normas pertencentes ao *jus cogens* em comparação com as normas comuns. Encontramo-nos à deriva em círculos de maior incerteza do seu conteúdo que, segundo Roberto Ago, "certa unidade de pontos de vista" rodeada por uma margem sombria sobre cujo conteúdo há opiniões diversas ao

⁶⁷⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 615-618. Sobre a humanidade, Durkheim reconheceu que “a simpatia por tudo o que é humano, uma compaixão maior com todas as dores, com todas as tragédias humanas, um anseio mais ardente de combatê-las e mitigá-las, uma sede mais pungente de justiça”. Durkheim, *Der Individualismus und die Intellektuellen*, 1898, p.60, *apud* JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélio Schneider de *Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 85. O primeiro paradoxo apresentado por Edward M. Wise é o resultado da análise da natureza do crime e da punição feita pelo socialista francês Emile Durkheim. As observações desse sociólogo se aplicam com uma particular intensidade no Estatuto de Roma. O papel do castigo (*the role of punishment*), afirma Durkheim, não serve apenas para reformar o agressor/autor do crime ou para espantar potenciais imitadores; sua real função é manter intacta a coesão da sociedade sustentando, em todo o seu potencial, uma consciência comum (*communal consciousness*). A punição reafirma e reforça crenças coletivas do que é certo e errado. O efeito mais importante da punição não é aquele que se produz nos criminosos, e sim aquele que se produz nas *law-abiding people* (cidadãos que cumprem a lei/não criminosos). A punição mantém essas pessoas cumprindo a lei, assim como ajuda a manter a comunidade junta. Para Durkheim, a função da lei criminal é afirmar, estreitar, reforçar, o sentimento de solidariedade social e de comunidade. Essa concepção, para Wise, encontra-se bem próxima do que consideramos ser os efeitos do Estatuto de Roma. A ideia principal por trás da criação do TPI, segundo a maioria dos argumentos, é que o fato de haver punições para determinadas atrocidades gera um significativo desencorajamento chamado *deterrent* (tradução: desencorajar ou prevenir alguém de agir). Esse desencorajamento não é apenas a intimidação de potenciais *offenders* (criminosos), os quais conscientemente calculam o custo-benefício da atividade criminosa. Há uma razão em acreditar que o *deterrent* opera de maneira mais profunda e indireta, em parte por estar ajudando a formar e reforçar percepções populares e normas sociais sobre o que constitui certo e errado, e em parte, como Durkheim sugere, a servir como afirmação simbólica para manter a comunidade unida e por fomentar um senso comum de *law-abiding citizen* (cidadãos que seguem a lei). WISE, Edward M. *International Criminal Court: A Budget of Paradoxes*. Tulane Journal of International and Criminal Law, 2000, p. 267.

extremo⁶⁷⁹. Segundo Weil, o grau de indeterminabilidade e diluição da normatividade internacional:

Once the legally binding character of a rule is established, its full definition still requires that the personal subjects of the rights and obligations it creates be determined. Concurrently with the vertical diversification of normativity, however, a trend towards its lateral dilution has appeared, in that the subjects of rights and obligations have been growing ever more indeterminate. So much so, that it is growing increasingly difficult to determine not only what a norm consists of, but whom it binds, and in favor of whom⁶⁸⁰.

É fato que existem dificuldades de delimitação de conteúdo normativo e um desenvolvimento em que, quaisquer que sejam os méritos, existem diferentes gradações de resistência, enquanto que ao mesmo tempo em que buscam o alargamento do seu âmbito de aplicação pessoal, outros buscam estabelecer limites discerníveis. Além disso, as relações entre os diversos conceitos envolvidos levantam problemas cuja solução está longe de ser fácil⁶⁸¹.

Contudo, julga-se que crimes internacionais e atos terroristas violam direitos humanos e se inserem no caráter de normas *jus cogens*.

Reconhecendo que a expressão "crimes contra a humanidade" adquiriu enorme ressonância em critérios legais e morais pós-Segunda Guerra Mundial, pois sugere ofensas graves não só para as vítimas e suas próprias comunidades, mas para todos os seres humanos, independentemente da sua origem, raça, sexo, cor, etnia. Esses crimes violam o núcleo da humanidade a que todos pertencemos e que nos distingue dos outros seres naturais⁶⁸². Esse duplo significado dá a potência à frase que significa tanto a qualidade de ser humano pela natureza humana, quanto da agregação de todos os seres da humanidade, segundo David Luban. Cassese já introduz um terceiro significado

⁶⁷⁹ AGO, Roberto. *Introduction au droit des traités et la lumière de la Convention de Vienne*, 134 Recueil Des Cours, 297, 324 (1971 III).

⁶⁸⁰ WEIL, Prosper. *Towards relative normativity in international law?* The American Journal Of International Law, Vol. 77, 1983, p. 430-431.

⁶⁸¹ WEIL, Prosper. *Towards relative normativity in international law?* The American Journal Of International Law, Vol. 77, 1983, p. 441.

⁶⁸² LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal Of International Law, Vol. 29, 2004, p.85. BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*. 2ª Edição, 1999, p. 17-18. . Sobre o momento pós Segunda Guerra "Era notória por parte de todos os envolvidos a vontade de proclamar a pré-estatalidade desses direitos fundamentais como reação às experiências com o nazismo e fazer isso de forma tal que o consentimento a eles não dependesse do consentimento a determinada convicção filosófica ou religiosa. Incontroversa é a referência unificadora às experiências de violência e injustiça. (...) Como se fazia referência à experiência da ditadura nazista, da guerra e do holocausto nos debates dos grêmios dos quais se originou a Declaração dos Direitos Humanos." JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélcio Schneider de *Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 109-110.

primário ao crime contra a humanidade, nomeadamente, a humanidade no sentido da compaixão, não à natureza humana, mas aos humanos, quando se refere à atuação impiedosa e cruel dos crimes⁶⁸³.

No primeiro sentido, crimes contra a humanidade sugere que a característica definidora desses crimes é o valor que será violado, ou seja, a natureza humana. A lei tradicionalmente distingue entre crimes contra a pessoa, crimes contra a propriedade, crimes contra a ordem pública, crimes contra a moral, e assim por diante. Aqui, a ideia é complementar a taxonomia tradicional de proteção de valores: propriedade, pessoas, a ordem pública, a moral adicionando que alguns crimes são crimes contra a humanidade como tal. A terminologia escolhida pelos autores da Carta de Nuremberg sugere que eles estavam pensando em crimes contra a humanidade nesse sentido: violação da natureza humana⁶⁸⁴.

No segundo sentido, "humanidade" refere-se à humanidade, o conjunto de indivíduos. Sob essa interpretação, crimes contra a humanidade sugere que a característica definidora desses crimes é o interesse de proteção. As vítimas igualmente determinadas violam as normas comunitárias importantes, e a comunidade procurará justificar essas normas, independentemente de identificação das vítimas⁶⁸⁵.

Eichmann em Jerusalém ilustra esse sentido do termo também. Arendt cita a observação de Telford Taylor que um crime não está comprometido contra a vítima, mas principalmente contra a comunidade cuja lei é violada. O extermínio físico dos judeus era crime contra a humanidade, perpetrado sobre o corpo do povo judeu, sendo justo e adequado que um tribunal judaico devesse sentar-se no julgamento, mas à medida que o crime foi um crime contra a humanidade, precisava de um tribunal internacional para fazer justiça a ele⁶⁸⁶.

A teoria de David Luban estabelece duas preposições: primeiro que "a humanidade" nos "crimes contra a humanidade" refere-se a nossa natureza como animais políticos e segundo que estes crimes são uma ameaça universal que todas as

⁶⁸³ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2003, p. 67-74.

⁶⁸⁴ LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal Of International Law, Vol. 29, 2004, p.86. No Epílogo de Eichmann em Jerusalém, Arendt descreve o Holocausto como um "novo crime, o crime contra a humanidade, no sentido de um crime "contra a condição humana", ou contra a própria natureza da humanidade". O Procurador Menthon explica-o assim: é um ataque ao que nos torna humanos. "Humanidade" refere-se à qualidade de ser humano e não à espécie humana ou de um conjunto dos seres humanos individuais.

⁶⁸⁵ LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal Of International Law, Vol. 29, 2004, p.87.

⁶⁸⁶ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Rubens Siqueira, Companhia das Letras: São Paulo, 1999, p. 287.

ações da humanidade têm interesse na repressão. Também defende que os crimes contra a humanidade são cometidos por instituições politicamente organizadas, sendo estatais ou não estatais e que são casos de alçada internacional⁶⁸⁷.

O Estatuto de Roma apenas elimina a exigência de que o ataque seja em nível nacional e define que são crimes contra a humanidade quando cometidos como parte de ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque por um Estado ou organização política. O que todos esses requisitos têm em comum parece ser que os crimes contra a humanidade são crimes cometidos por intermédio de uma organização. Embora perpetrado por indivíduos, eles não são crimes individuais.

Os crimes contra a humanidade são crimes internacionais cometidos por grupos politicamente organizados agindo no que consiste em atos mais graves e abomináveis de violência e perseguição. Seu caráter de crimes internacionais reflete a idéia de que a soberania dos Estados não servirá para proteger os seus próprios processos políticos.

Segundo David Luban, as principais características são (1) Os crimes contra a humanidade são infligidos sobre as vítimas com base em sua associação de grupo, em vez de suas características individuais; (2) Os crimes contra a humanidade são crimes cometidos contra nacionais e estrangeiros; (3) Os crimes contra a humanidade são crimes internacionais, e sua criminalidade substitui a soberania do Estado; (4) Os crimes contra a humanidade são cometidos por grupos organizados que agem sob a política; (5) Os crimes contra a humanidade incluem apenas os mais graves e atos abomináveis de violência e perseguição⁶⁸⁸.

Diante dessas características, os atos de terrorismo poderiam se enquadrar-se como crimes contra a humanidade para responsabilização perante o Tribunal Penal Internacional?

Antonio Cassese observa que, durante as negociações que antecederam o Estatuto de Roma, o governo dos EUA se opôs com sucesso à adição do terrorismo para a lista de crimes contra a humanidade, porque, entre outras razões, a ofensa não era bem definida e, sendo assim, levaria à excessiva politização o Tribunal Penal Internacional

⁶⁸⁷ O autor cita o caso Tadic que se refere à "entidades exercer de fato o controle sobre um território particular, mas sem reconhecimento internacional do estatuto formal de um de jure do Estado, ou por um grupo ou organização terrorista.". Cita também a exigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ICTR) em apenas "um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil por motivos nacionais, políticas, étnicas, raciais ou religiosas".

⁶⁸⁸ LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal Of International Law, Vol. 29, 2004, p. 109.

(TPI). Cassese aponta que os ataques de 11 de setembro de 2001 muito provavelmente caem na definição de crimes contra a humanidade, que inclui o assassinato e extermínio, quando cometidos como parte de ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque e define um "Ataque dirigido contra qualquer população civil" como "uma conduta que envolva o múltiplo cometimento de atos referidos no n.º 1 [incluindo assassinato] contra qualquer população civil, conforme ou em prol de uma política de Estado ou organização de praticar esses ataques". Embora um grupo terrorista como a Al Qaeda seja um ator não estatal, o "Estado ou linguagem organizacional política demonstra que o estatuto não se limita aos crimes patrocinados pelos Estados". No entanto, embora os ataques de 11 de setembro configurassem como crimes contra a humanidade, o TPI não teria jurisdição sobre os ataques porque ocorreu antes do limite legal, relativo à competência *ratione temporis*⁶⁸⁹.

Os ataques terroristas de 11 de setembro no EUA satisfizeram todos os elementos enunciados para um crime contra a humanidade. Em primeiro lugar, o ataque foi parte de um programa para difundir a guerra sistemática contra os Estados Unidos. Não foram parte aleatória ou ataques isolados, mas eram de um ataque coordenado contra os Estados Unidos, que continuou por quase uma década. Em segundo lugar, esses ataques foram contra a população civil. O World Trade Center era um centro de atividade econômica para os Estados Unidos e os ataques que ocorreram no Pentágono, o quartel general militar, não impede a satisfação desse elemento, porque as vítimas do ataque ao Pentágono eram não combatentes. Terceiro, os ataques foram organizados previamente por Bin Laden. Em quarto lugar, uma conduta que envolva a prática múltipla desses tipos de atos estava comprovada há décadas. Em quinto lugar, Bin Laden pretendia assumir esse comportamento, pois foi previamente organizado e sistematizado⁶⁹⁰.

A capacidade de todos os Estados para processar suspeitos de terrorismo devem transmitir aos terroristas a mensagem de que não há absolutamente jurisdições seguras,

⁶⁸⁹ CASSESE, Antonio. *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, 12 EUR. J. INT'L. L., 2001, p. 993-994. The terrorist attack of 11 September has had atrocious effects not only at the human, psychological and political level. It is also having shattering consequences for international law. It is subverting some important legal categories, thereby imposing the need to rethink them, on the one hand, and to lay emphasis on general principles, on the other ... that atrocious action exhibits all the hallmarks of crimes against humanity: the magnitude and extreme gravity of the attack as well as the fact that it has targeted civilians, is an affront to all humanity, and part of a widespread or systematic practice. Recentemente, podemos entender no mesmo sentido os ataques de Paris no ano de 2015 e no de 2016, bem como o ataque terrorista em Bruxelas em 2016.

⁶⁹⁰ D. FRY, James. *Terrorism as a crime against Humanity and Genocide: The backdoor Universal Jurisdiction* 7 ucla j. Int'l l. & Foreign aff. 169, 2002, p. 30-32.

uma vez que os terroristas já não podem confiar no fato de que a maioria dos Estados não terá a competência necessária para processar. A jurisdição universal fornece todos os Estados com a autoridade para prender e processar os perpetradores de certos atos hediondos, pois esses atos são tão repugnantes para a sociedade que todos os Estados têm um interesse em processá-los. O terrorismo não possui definição universal, mas os Estados têm jurisdição universal para processar crimes contra a humanidade, conforme o direito internacional consuetudinário, mas quando se está diante de uma omissão ou parcialidade do poder judiciário nacional, a competência será do Tribunal Penal Internacional como crime contra a humanidade.

Julga-se que o modo de agir de grupos terroristas e as consequências dos ataques realizados, quando não processados e julgados no âmbito interno, poderiam ser levados ao TPI, independentemente de qualquer motivação especificamente política, pois são crimes contra a humanidade, ou seja, consistem nas atrocidades mais bárbaras e humilhações, é um ataque à individualidade do ser humano, por causa dos grupos a que pertencemos, um ataque à sociabilidade. Nesse sentido, viola os preceitos da justiça natural, e, portanto, a jurisdição vigilante sempre deve ser delegada a tribunais, desde que estes estejam em conformidade com os padrões de justiça natural, independente e imparcial - o TPI - em prol do ser humano, da humanidade.

Mireille Delmas-Marty defende que nos casos em que há um ataque contra a população civil como um dos elementos de crimes contra a humanidade, poder-se-ia aplicar essa interpretação a atos terroristas⁶⁹¹. Kirsch, após os atos de 11 de Setembro, revelou a incapacidade internacional de lidar adequadamente com atos de terrorismo e acrescenta que, embora o terrorismo internacional não esteja formalmente sob a jurisdição do TPI, este poderia qualificar como crime contra a humanidade, e, portanto, estar sujeito à punição internacional, sem prejuízo das sanções nacionais ou internacionais aplicáveis⁶⁹².

Diante da ausência de definição uníssona sobre o terrorismo, a solução contemplada é a interpretação do TPI com base em diretrizes legais bem estabelecidas e delineadas por outros grandes tribunais internacionais para que muitos atos de terrorismo já se qualifiquem como crimes contra a humanidade, desde que cumpram os elementos necessários estabelecidos no Estatuto de Roma. Dito de outro modo, o texto

⁶⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Ambiguities and Lacunae, The International Criminal Court Ten Years on*. Journal of International Criminal Justice, 2013, p. 553-561.

⁶⁹² KIRSCH, Philippe. *Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour Penale Internationale*. Disponível em: www.iccnw.org. Acesso em 29.03.2016.

do Estatuto de Roma deve permanecer dessa maneira, pois permite que a comunidade internacional ratifique as bases do TPI: prevenção, punição de crimes internacionais, e justiça para as vítimas⁶⁹³.

Vincent-Joel Proulx identificou pelo menos cinco situações em que o TPI poderia exercer jurisdição: em primeiro lugar, a situação Lockerbie, ou seja, a remessa de um caso a um tribunal independente, quando dois governos estão num impasse sobre a rendição de suspeitos de terrorismo. Em segundo lugar, o TPI garantirá a proteção aos direitos humanos e ao devido processo legal, quando a estrutura do poder judiciário e um governo não acreditam que os seus nacionais receberão o pleno benefício da garantia dos direitos humanos, ou seja, remeter a questão para o TPI seria um meio mais razoável. Em terceiro lugar, representaria uma jurisdição forçada de suspeitos de terrorismo como o único meio de trazê-los a julgamento, pois outros caminhos falharam. Em quarto lugar, a responsabilização de grupos guerrilheiros e rebeldes que ilegitimamente queiram derrubar governos democráticos, sendo provável que esses grupos rebeldes não concordariam em ser julgados por suas ações na estrutura jurídica desse governo. Essa situação levanta a questão da impunidade e reafirma a validade da jurisdição do TPI como mecanismo bem costurado a condenar atos impunes de terrorismo. Essa proposição implicaria, inevitavelmente, o envolvimento do Conselho de Segurança da ONU. Em quinto lugar, o papel do Conselho de Segurança da ONU no estabelecimento da jurisdição é pertinente. Em alguns casos, a comunidade internacional pode convidar o Conselho de Segurança a decidir o destino de um terrorista. Ao fazer tal determinação no meio de um clima politicamente hostil, remeter a questão para o TPI pode constituir instrumento eficaz e solução rápida. Em outras palavras, como uma resposta a esses casos difíceis, a decisão do Conselho de Segurança da ONU pode ser a base para o estabelecimento de competência ao abrigo do TPI⁶⁹⁴.

No entanto, a maioria dos Estados tem delineado o termo de modo a incluir os elementos que fazem parte dos crimes contra humanidade, a exemplo dos ataques direcionados à população civil, como previsto no Estatuto de Roma, demonstrando, em

⁶⁹³ PROULX, Vincent-Joel. *Rethinking the jurisdiction of the International criminal court in the Post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?* American University International Law Review 19, no. 5, 2003, p.1029. DAWE, Douglas A. *Terrorism*. Chitty's Law Journal/Vol. 36, 1988, p.17.

⁶⁹⁴ PROULX, Vincent-Joel. *Rethinking the jurisdiction of the International criminal court in the Post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?* American University International Law Review 19, no. 5, 2003, p. 6. GALINGGINT, Ridarson. *Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity Under The Icc Treaty*. 7 Indonesian J. Int'l L. Vol. 7 N. 4 July, 2010, p. 750-751.

princípio, o grau de proximidade e compatibilidade entre as noções de terrorismo e crimes contra a humanidade. Não faz sentido ser excluída da competência do TPI a definição de terrorismo para julgar atos de terrorismo sob o título de crimes contra a humanidade. Se os ataques de 11 de setembro de 2001 relançaram a questão sobre atos terroristas em grande escala poderem constituir “crimes internacionais” e recair sob a alçada do TPI, presentemente podem-se enunciar diversos argumentos que fundamentam a consagração do terrorismo como crime da competência do Tribunal, principalmente em razão de sua prática ser moralmente repreensível e grave, e receber especial atenção internacional⁶⁹⁵. Também por se enquadrar em práticas que violam a proteção da humanidade – crimes de lesa-humanidade – e, portanto, crime de *jus cogens*.

O terrorismo em todas as suas formas e manifestações constitui uma das ameaças mais graves à paz, à segurança internacional e à humanidade. Bassiouni enfatiza a crescente importância dos crimes contra a humanidade, em esfera global, cujo termo era destinado a fornecer um conceito global para proteger contra violações não especificadas, e cuja identificação no direito internacional positivo ficou a cargo do desenvolvimento progressivo do direito internacional⁶⁹⁶.

O texto do Estatuto de Roma não precisa ser alterado a fim de abranger os atos de terrorismo. A maioria dos Estados vê o crime de terrorismo como contendo dois elementos, a saber, a morte de civis e o avanço de algum propósito ideológico ou político. Ambos são vistos como alguns dos crimes mais repugnantes para a humanidade. Empregam linguagem semelhante, proibindo o ataque a civis, e constituem crimes que atingem o cerne da decência humana, ao ceifar vidas inocentes e devastar populações. Assim, outros atos de terrorismo internacional, que não se comparam em magnitude aos eventos de 11 de setembro, mas ainda constituem afronta aos princípios da humanidade, deve ser processado perante o TPI⁶⁹⁷.

O artigo 7 do Estatuto do TPI não define o que entende por 'generalizada'. A jurisprudência internacional estabelece que ataque generalizado é ataque dirigido contra uma multiplicidade de vítimas, enquanto que ataque sistemático é ataque efetuado em

⁶⁹⁵ PROULX, Vincent-Joel. *Rethinking the jurisdiction of the International criminal court in the Post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?* American University International Law Review 19, no. 5, 2003, p. 1030-1050.

⁶⁹⁶ BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity in international criminal law*, 2ª ed. 1999, p. 60-61.

⁶⁹⁷ Ademais, a irrelevância da qualidade de oficial, ou seja, o levantamento das imunidades para a responsabilização de crimes internacionais, prevista no Estatuto de Roma, viabilizaria que Chefes de Estados que estivessem envolvidos em atos terroristas ou organizações terroristas ou que contribuíssem com o financiamento de práticas terroristas pudessem ser processados e julgados perante o TPI.

conformidade com uma política preconcebida ou prática, no entanto é difícil separar o generalizado e o sistemático, pois o ataque generalizado é destinado a um grande número das vítimas e que geralmente envolve algum tipo de planejamento ou organização. A exigência de que o ataque seja generalizado ou sistemático não significa que um crime contra a humanidade não pode ser perpetrados por um indivíduo que comete apenas um ou dois dos atos designados, ou quem se envolve em apenas uma ofensa contra apenas um ou alguns civis, se esse ato ou atos do indivíduo são parte de um padrão consistente de infrações por um número de pessoas ligadas a esse agressor, como um ataque terrorista⁶⁹⁸.

A natureza sistemática do ataque, ou o seu elemento político previsto no artigo 7 (2) do Estatuto do TPI exige que os atos específicos devam ser realizados em conformidade com ou em prol de um Estado ou política organizacional de praticar esses atos. O ato do acusado de assassinato, tortura, por exemplo, deve ser de acordo com uma política que não precisa ser de Estado, pode ser de um grupo específico, pode estar presente em todo o país ou pode estar localizada em determinada região geográfica⁶⁹⁹.

A lei sobre crimes contra a humanidade desenvolveu a ponto de os crimes contra a humanidade poderem ser cometidos em nome das entidades com controle de fato ao longo de determinado território, embora essas entidades não tenham reconhecimento internacional ou estatuto formal de um Estado de direito. Também pode ser cometido por grupo terrorista ou organização. Os particulares que possuem poder ou organizados em gangues criminosas ou grupos podem também estar na posição de cometer crimes contra a humanidade. A exigência de que o ataque deve ser dirigido contra uma população civil distingue crimes contra a humanidade de muitos crimes de guerra de que podem ser alvos civis e combatentes, e também distingue o Estatuto de Roma a partir de costume, um direito internacional, que permite que um crime contra a humanidade possa ser cometido contra civis e militares.

Francisco Ferreira de Almeida pressupõe que é indiscutível o enquadramento das organizações terroristas como autores de crimes contra a humanidade, segundo o conceito dado pela doutrina do Direito Internacional Público:

Resulta igualmente incontroverso, a nosso ver, que o modo de atuar das modernas organizações terroristas, do tipo da Al Qaeda, não é impeditivo de que nos ataques por si desferidos se descortine um padrão consistente de atuação (prática sistemática) ou, ainda menos,

⁶⁹⁸GALINGGINT, Ridarson. *Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity Under The Icc Treaty*. 7 Indonesian J. Int'l L. Vol. 7 n. 4 July, 2010, p. 750-751.

⁶⁹⁹ *Idem*.

que a partir da retumbância dos atos desumanos praticados, se detecte uma ação generalizada (em grande escala)⁷⁰⁰.

Entretanto, há um obstáculo para declarar atos terroristas como crime contra a humanidade. O problema reside no entendimento da jurisprudência internacional a relacionar tais atos a políticas estatais, como julgou o TPI, no caso Prosecutor vs. Tadic em maio de 1997:

The prevailing opinion was, as explained by one commentator, that crimes against humanity, as crimes of a collective nature, require a State policy “because their commission requires the use of the state’s institutions, personnel and resources in order to commit, or refrain from preventing the commission of, the specified crimes described in Article 6(c) [of the Nürnberg Charter].⁷⁰¹

Dito de outro modo tendem os tribunais penais internacionais a exigir que a entidade (não estadual) em causa, como se fora um Estado, controle, de fato, determinada parcela de território e/ou a população ali instalada. As organizações terroristas não fazem parte de um Estado específico. A intenção dessas organizações é disseminar seus seguidores ao redor do mundo, fazendo com que a ideologia que seguem ultrapasse fronteiras e consigam sublimar a mensagem de inconformismo com a supremacia ocidental.

Todavia, diante da situação violenta pós-eleitoral no Quênia, nos anos de 2007 e 2008, “propiciou que, nos termos do art. 15º do Estatuto de Roma, a seção de instrução do TPI se pronunciasse em 2010, sobre o conceito de organização para efeitos do art. 7º, nº2, a) do Estatuto de Roma” trazendo maiores esclarecimentos sobre a questão⁷⁰².

O caso denominado “Situation in the Republic of Kenya” tratou de buscar solução aos ataques contra a população cometidos por grupos de jovens, apoiados por líderes de partidos políticos e empresários interessados no poder partidário.

O TPI em sua decisão, tomada por maioria (com a opinião preponderante do juiz Kaul), estabeleceu que os grupos de jovens do caso não seriam considerados organização, pois não tinham as características de *state-like entities* e o controle territorial. Até então estaria de acordo com a jurisprudência dominante dos Tribunais

⁷⁰⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 17.

⁷⁰¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2016. ICTY. Prosecutor vs. Tadic. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em: março de 2016.

⁷⁰² FERREIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 634.

internacionais, todavia, inovou quando determinou a não taxatividade do referido artigo do Estatuto de Roma a fim de caracterizar “organização” na subsunção aos crimes contra a humanidade:

In the view of the Chamber, the determination of whether a given group qualifies as an organization under the Statute must be made on a case-by-case basis. In making this determination, the Chamber may take into account a number of considerations, inter alia: (i) whether the group is under a responsible command, or has an established hierarchy; (ii) whether the group possesses, in fact, the means to carry out a widespread or systematic attack against a civilian population; (iii) whether the group exercises control over part of the territory of a State; (iv) whether the group has criminal activities against the civilian population as a primary purpose; (v) whether the group articulates, explicitly or implicitly, an intention to attack a civilian population; (vi) whether the group is part of a larger group, which fulfils some or all of the abovementioned criteria. It is important to clarify that, while these considerations may assist the Chamber in its determination, they do not constitute a rigid legal definition, and do not need to be exhaustively fulfilled⁷⁰³.

O Tribunal afirmou que, para termos do art. 7º, nº 2, a) do Estatuto de Roma, a caracterização de grupo ou entidade como organização necessita preencher os requisitos acima mencionados. A grande importância reside no fato de a seção de instrução do TPI ter exposto que tais critérios não necessitam ser exaustivamente preenchidos.

Em concreto, diante da relativização do requisito *state-like organization*, caso os atos de terrorismo sejam efetivamente caracterizados como crimes contra a humanidade, as organizações terroristas serão consideradas “organizações” propriamente ditas nos termos do Estatuto regente do TPI. A decisão no caso queniano proferida pelo Tribunal Penal Internacional foi bastante oportuna para o desenvolvimento do direito internacional penal, quando qualifica organizações para sua jurisdição.

Outro limite que deve ser cruzado antes de uma ofensa particular pode ser considerado como crime contra a humanidade é que o autor deve ter conhecimento do ataque que equivale a uma intenção específica. É evidente que cada um dos atos subjacentes cometidos exige a sua própria forma de intenção. Ou seja, o conhecimento do contexto mais amplo significa que o autor deve ter conhecimento real ou construtivo que seu ato ou atos é ou fazem parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil e ao abrigo de uma política ou plano. Deve ser provado que o acusado

⁷⁰³ Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 March 2010.

sabia que seu crime estava relacionado com o ataque contra uma população civil, no sentido de fazer parte de um contexto de crimes em massa.

Julga-se que os atos terroristas se encaixam no crime contra humanidade para se enquadrarem na competência do TPI. Primeiro pela ação de pelo menos um dos atos enumerados no artigo 7º, segundo em razão de o ato ter sido praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil, terceiro que o perpetrador sabia que a conduta era parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Ou seja, o terrorismo pode ser processado sob as diferentes posições do crime contra a humanidade, de homicídio, deportação ou forçada transferência da população, prisão ou outra privação grave de liberdade física, tortura, perseguição e desaparecimento forçado.

Terrorismo também pode ser processado como "outros atos desumanos" previstos no artigo 7º.

O Tribunal Especial para Serra Leoa reconheceu o casamento forçado como o novo crime contra a humanidade, que segundo Frulli foi a principal contribuição para o desenvolvimento do direito internacional penal, em razão da incidência tanto em casos futuros do Tribunal Penal Internacional (TPI), como também uma revisão do Estatuto do TPI, à medida que inclui um novo crime contra a humanidade. Ao abordar a questão do “novo” crime de casamento forçado e o princípio da legalidade, Frulli descreve que, como é sabido, um indivíduo não pode ser processado por atos que não foram caracterizados como crimes no momento em que foram cometidos⁷⁰⁴.

Apesar de o princípio da legalidade proteger o réu contra tal tipo de condenação, os tribunais nacionais e internacionais possuem a prerrogativa de elaborar regras em vigor e refiná-las por meio de construção jurídica, a exemplo do enquadramento dos atos terroristas em crimes contra a humanidade.

A categoria de “outros atos desumanos” na qual foi enquadrado o casamento forçado já estava inserida no estatuto dos tribunais penais internacionais, a fim de garantir a possibilidade de processar formas de crimes contra a humanidade não explicitamente enunciados. Ademais é possível identificar um conjunto de direitos básicos concernentes aos seres humanos, cuja violação pode ser, dependendo das

⁷⁰⁴ FRULLI, Micaela. *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' Crime against Humanity*. Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, 2008, p. 1033-1042.

circunstâncias que a acompanham, crime contra a humanidade. Os crimes devem ser tão graves como os outros crimes previstos na categoria de crimes contra a humanidade⁷⁰⁵.

Os crimes contra a humanidade carregam precedentes graves que podem ser invocados por unanimidade, e são claros que necessitam de medidas de investigação, repressão, tanto de curto quanto de longo prazo, em todo o mundo, bem como a prestação de contas e responsabilidade, a necessidade de prosseguir ativamente os autores e cúmplices, e a rejeição de obstáculos "soberanos", tanto na investigação e como no julgamento, fatos que se aplicam aos atos terroristas. Vattel escreveu em 1758 "that even if justice is normally limited territorially to the state in which a crime is committed, one must except from the rule those thugs who, because of the magnitude of their crimes... declare themselves the enemy of human kind."⁷⁰⁶

Também faria com que os sistemas judiciais nacionais, quando omissos, fossem compelidos a cooperar. A realidade global é bastante simples: o terrorismo envolve a comunidade internacional como um todo e o direito internacional público deve ser interpretado para maior proteção dos seres humanos e de acordo com a realidade, pois a estrutura de financiamento e de rede de determinada organização terrorista transcende os limites do território nacional.

No caso de crimes contra a humanidade, não há jurisprudência robusta atribuindo à frase significado técnico, e de fato há vários estatutos, Carta de Nuremberg, TPIJ, TPIR, e Estatuto de Roma, Estatutos nacionais, e um punhado de normas jurídicas. O conceito está no início do seu desenvolvimento legal, deve-se começar com uma idéia intuitiva de que crimes contra a humanidade são formulações contra a espécie humana. Seja qual for a conotação, pode colocá-los em pistas falsas, mas não é simplesmente espaço reservado para as decisões judiciais que ainda não foram feitas. O termo "Crimes contra a humanidade" embala uma enorme retórica de que "a

⁷⁰⁵ FRULLI, Micaela. *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a new Crime against Humanity*. Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, 2008, p. 1033-1042. Micaela Frulli aduz que o crime de casamento forçado atende aos requisitos de acessibilidade e de previsibilidade que foram desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) para avaliar se as regras criminais estão em consonância com o princípio da não retroatividade da lei. Ao discutir a influência da decisão da Seção Especial do Tribunal Penal de Serra Leoa (TESL), a qual considerou o casamento forçado como crime contra a humanidade, a autora descreve vários casos nos quais o contexto de conflito armado possibilitou que várias meninas fossem forçadas a se casar com combatentes. De acordo com a autora, o recente acórdão do TESL pode influenciar as decisões do TPI. Ademais, ela espera que em breve haja a inserção do crime de casamento forçado entre os crimes contra a humanidade considerados no Estatuto de Roma. Este seria o passo crucial para permitir que o TPI processe formalmente o casamento forçado como crime, como a gravidade dessa prática sugere, a fim de punir adequadamente os responsáveis.

⁷⁰⁶ Chibli, MALLAT. *The original sin: "terrorism" or "crime against humanity"?* 34 Case W. Res. J. Int'l L., 2002, p.245-250.

humanidade" significa algo universal e imensamente importante. Depois que crimes contra a humanidade tomaram dezenas de milhões de vidas, pode ser que a compreensão dos significados individuais de "humanidade" signifique, no mínimo, ofensa à vida.

A responsabilidade de investigar e processar os perpetradores de crimes dentro da jurisdição do TPI permanece em primeiro lugar com os tribunais nacionais, que decorre do princípio da complementaridade, que atribui competências ao TPI apenas quando um país com competência primária não está disposto ou é incapaz de investigar ou julgar o crime em questão. Julga-se necessário reconhecer a jurisdição do TPI sobre o terrorismo internacional, como várias específicas situações apresentadas, tais como passividade do Estado, inação, ou impunidade. O TPI julgaria crimes verdadeiramente internacionais condenados por todas as nações civilizadas e o terrorismo não é crime comum. O texto do Estatuto de Roma não precisa ser alterado a fim de englobar os atos de terrorismo. Ambos, o terrorismo e o crime contra humanidade, partilham semelhanças tangíveis: são vistos como alguns dos mais repugnantes crimes para a humanidade; empregam linguagem e filosofia semelhante, ou seja, proíbe o direcionamento de civis; partem da norma penal clássica de impor grau diferente de preparação e estrutura; na sua forma mais irredutível, atinge o próprio núcleo da decência humana, ceifa vidas inocentes e devasta populações⁷⁰⁷.

Existem várias vantagens obtidas por processar atos terroristas como crimes contra a humanidade nos termos do artigo 7 do Estatuto do TPI:

1. The offences can be committed by anyone, on the basis of either a governmental or non-governmental policy. Thus, both state and nonstate terrorism is addressed.
2. There is no need for the existence of a conflict. Thus, all categories of terrorism may be covered, independent of whether the occur in peace or wartime.
3. A wide range of victims is covered. Unlike in JIL [International Humanitarian Law], the notion of civilian population is extended to every person who is not performing de facto combating functions, independently from his or her nationality. Thus, crimes against humanity cover diplomats, government representatives, detainees, prisoners of war, members of the armed forces who are either sick, wounded or more generally hors de combat, as well as common civilians who have the same nationality as the perpetrators. What matters is the function exercised during the attack, rather than the status.
4. The crime of torture does not require a purpose element as required by the 1984 UN Torture Convention. As long as severe mental or

⁷⁰⁷ GALINGGINGT, Ridarson. *Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity Under The Icc Treaty*. 7 Indonesian J. Int'l L. Vol. 7 n. 4 July, 2010, p. 750-751.

bodily pain is imparted, which is often the case during terrorist attacks, Article 7 (1) (f) applies.

5. Article 7 ICC statute-rather than existing customary law on crimes against humanity - is an innovative instrument in the repression of terrorist acts, an alternative to the anti-terrorism conventions⁷⁰⁸.

O Estatuto de Roma visa fornecer os princípios e os valores fundamentais a serem considerados pelos Estados partes, asseverando, portanto, que as violações contra tais princípios e valores comuns a toda Humanidade devem ser processados e julgados pelo TPI, como os atos terroristas. O Estatuto de Roma não ignora as leis internas dos Estados-Partes e reconhece a soberania desses Estados, todavia defende-se uma ampliação da jurisdição e maior interação e cooperação no sentido de complementar as jurisdições internas penais, e não de uma hierarquia perante os Estados.

Segundo Hans Joas, o processo de sacralização/proteção da pessoa humana só será bem sucedido se três elementos estiverem presentes – prática, valores e instituições:

No campo das práticas, trata-se da sensibilização para as experiências de injustiça e violência e de sua articulação. No âmbito dos valores, trata-se da fundamentação argumentativa da pretensão de validade universal, que, no entanto, não será possível sem que seja permeada com narração. E, no plano das instituições, trata-se de codificações nacionais, bem como globais permitindo que pessoas de culturas bem diferentes se reportem aos mesmos direitos. No longo prazo, os direitos humanos, a sacralização da pessoa só terá alguma chance se todos os três atuarem em conjunto: se os direitos humanos tiverem suporte das instituições e da sociedade civil, forem defendidos argumentativamente e se encarnarem nas práticas da vida cotidiana⁷⁰⁹.

Diante das experiências de violências perpetradas no decorrer da história, defende-se a jurisdição universal e a aplicabilidade do Estatuto de Roma a todos os Estados para a responsabilização do indivíduo, independente do cargo ou posição oficial que ocupa, por crimes de guerra, agressão, crimes contra humanidade, genocídio e atos terroristas como crimes contra a humanidade pelo Tribunal Penal Internacional, como forma de proteção dos direitos humanos.

Conhecendo as dificuldades de definição única sobre terrorismo, defende-se o julgamento perante o TPI como crime contra a humanidade, caso haja ausência de

⁷⁰⁸ ARNOLD, Roberta, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Transnational Publishers, Ardsley, 2004, p. 272-275.

⁷⁰⁹ JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélcio Schneider de *Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 275.

investigação por inércia dos Estados, pelas razões da humanidade e por se tratar de crime de *jus cogens*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1- A doutrina de Francisco de Vitoria demonstrou a transformação da teologia de Salamanca para humanização da escolástica e para um modo de pensamento mais prático e que diretamente abordava a ética e as dificuldades políticas que a Espanha enfrentava no século XVI. As preocupações político-religiosas associadas à Europa apresentou uma sensação de liberdade e independência de pensamento, oferecendo seus julgamentos em um vasto leque de questões: legal, moral, política e econômica.

2- O regresso às origens do direito internacional eleva a natureza jurídica do *ius gentium* como lei promulgada pelo mundo inteiro como espécie de direito positivo universal e reforça a ideia de que o direito das nações é “o que a razão natural estabeleceu entre todas as nações”, assim aparentemente um colapso do *ius gentium* na lei natural.

3- O *ius gentium* é baseado na teoria naturalista e da sociabilidade humana, em respeito ao tratamento aplicado não somente às relações entre espanhóis e índios, mas no tratamento das riquezas comuns cristãs. O reconhecimento de que os índios são capazes de domínio, bem como seres detentores de direitos, permite reconhecer que no atual direito internacional todos os seres humanos detêm dignidade inviolável e não é passível de instrumentalização, escravização ou vítimas de crimes internacionais, independentemente de origem, nacionalidade, religião ou condição pessoal. O padrão de referência à realização da justiça reside no direito natural; e o próprio direito das gentes se fundamenta na conservação do direito natural, ou seja, o *ius gentium* pertence ao direito natural, e não ao direito positivo. O direito das gentes e seus princípios - desde a sua origem até os dias atuais - são acessíveis a todos apenas pelo uso da razão natural, *recta ratio*.

4- Julga-se que o direito internacional, desde suas origens, fundamenta-se na proteção dos seres humanos contra atos criminosos, independentemente de nacionalidade, sexo, raça, etnia, capacidade. Sob o fundamento da sociabilidade universal, todo homem tem um direito natural a ser defendido por qualquer outro e por qualquer autoridade legítima quando é maltratado injustamente por poderes tirânicos. Em caso de tamanha violação da dignidade humana abre-se, pois, a possibilidade do direito de intervenção, inclusive por meio das armas, à defesa dos inocentes que atualmente se estabelece pela responsabilidade internacional do Estado e responsabilidade internacional do indivíduo.

O Direito Internacional universal é, portanto, não só direito interestadual, mas também direito para a humanidade.

5- Julga-se que o Direito Internacional Clássico, fundamentado no positivismo jurídico, dotando o Estado de vontade própria, reduziu os direitos dos seres humanos, fato que ensejou a formação dos Estados absolutistas, as duas grandes Guerras Mundiais, o holocausto, de consequências irreparáveis para a humanidade. Contudo, o *jus gentium* é necessário e não voluntário, a tradição jusnaturalista jamais desapareceu e superou todas as crises. Defende-se o renascimento do direito natural, a degeneração do positivismo jurídico e o retorno do direito natural com a afirmação e restauração de um padrão de justiça universal pelo qual se avalia o direito positivo e reforça a universalidade dos direitos humanos que se projeta para o século XX e XXI.

6- O movimento universal em prol dos direitos humanos não admite retrocessos, sendo inconcebível a ideia de que a humanidade possa voltar a vivenciar os horrores das guerras e de atos impostos unilateralmente pelos Estados, isso vai de encontro ao próprio Direito e seus fundamentos, apesar de não estar em um ideal para o bem comum da humanidade. A consciência jurídica universal é vista com o acesso livre do indivíduo à jurisdição internacional, com fundamento no direito natural e nas normas *jus cogens*.

7- O Tribunal Penal Internacional é mais um instrumento de proteção e repressão à violação de direitos humanos, de jurisdição universal, de julgamento imparcial, aplicável a todos, independentemente de um Estado ter ratificado ou não o Estatuto de Roma. Além disso, o Tribunal demonstra que a Ordem Internacional não pode ficar indiferente às atrocidades cometidas aos seres humanos, não devendo apenas dar manifestações de cunho político e sim adotar medidas que realmente visam e efetivam a proteção dos seres humanos. Isso sob o fundamento no *ius naturale* e na concepção de que a repressão e punição dos crimes internacionais são normas imperativas de direito internacional – *jus cogens*.

8- Desde a concepção inicial de *ius gentium*, já existiam condições teóricas para a defesa da vigência do *jus cogens*, principalmente por Francisco de Vitoria, ao fazer relação ao Direito Natural que considerava imutável, obrigatório, exigível e imperativo. As principais manifestações das normas *jus cogens*, nos séculos XV e XVI, já refletiam os aspectos referentes a crimes internacionais, como a proibição de escravizar não combatentes ou de desencadear ataques deliberados e em larga escala contra estes e a proibição de recorrer às armas envenenadas ou de envenenamento de águas potáveis.

9- Pós Segunda Guerra Mundial, verifica-se o caráter *jus cogens* de normas humanitárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a exemplo da proibição de penas coletivas sobre civis, de bombardeios deliberados sobre estes, confisco de bens essenciais para sobrevivência da população civil em território ocupado, deportações forçadas, trabalho forçado, violação da integridade física de prisioneiros de guerra, recusa de condições mínimas de higiene, alimentação e de instalação, violação da liberdade de consciência, em especial as normas da Convenção de Genebra de 1929 relativas a feridos e doentes, bem como a Convenção sobre Prisioneiros de Guerra, que posteriormente foi desenvolvida pelas quatro Convenções de Genebra de 1949. Julga-se, portanto, que desde a origem consuetudinária das normas *jus cogens* os crimes internacionais, em especial os crimes contra humanidade, já possuíam essa natureza jurídica.

10- As normas *jus cogens* são normas imperativas que implicam restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional, em especial a responsabilização internacional penal. Julga-se importante a concepção de *jus cogens* para a ordem na comunidade internacional e como elemento dos crimes internacionais no atual Direito Internacional Penal. Se os tratados representam a codificação das normas costumeiras, é numa dessas normas que vão encontrar o seu fundamento. É o costume que regula o seu modo de formação e existe verdadeira superioridade hierárquica do costume sobre os tratados, e as normas *jus cogens* só vêm confirmar essa hierarquia. O costume é a única fonte originária da Ordem Jurídica Internacional e é a fonte do *jus cogens*: configurado e prefigurado, em seus traços essenciais, no texto profético de Francisco Vitoria.

11- Defende-se que, ainda que se adote uma tese minimalista, são normas imperativas as relativas à proibição da escravidão e do desaparecimento forçado que são crimes contra a humanidade, sendo a sua proibição confirmada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos e pela Carta Africana, bem como a proibição de genocídio e a sua posterior reafirmação como crime internacional individual nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais Nuremberg e Tóquio, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Tribunais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda. Inclui-se no *jus cogens* a proibição de tortura e penas cruéis,

atos terroristas, a proibição de prisão arbitrária indefinida, garantias processuais penais mínimas e a proibição de retroatividade do Direito penal desfavorável.

12- Os crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão e o crime de genocídio previstos no Estatuto de Roma possuem caráter de normas *jus cogens*, pois afetam interesses da comunidade internacional no que diz respeito ao direito à vida, à paz e à segurança internacionais. Criam, portanto, obrigações *erga omnes* para os Estados que devem processar e julgar os criminosos, em conformidade com o direito interno ou entregar para o Tribunal Penal Internacional, sem aplicar as causas de exoneração de responsabilidade – imunidades - dos agentes políticos.

13- Demonstrou-se que a responsabilização internacional do Estado por ação ou omissão por atos ilícitos ou a responsabilização individual penal dos autores desses crimes independem de ratificação dos Estados, quando representem violação de normas imperativas de direito internacional. O Estatuto de Roma que promove a responsabilização individual penal por crimes de grande repercussão como instrumento de proteção dos Direitos Humanos – eliminação de arbitrariedades dos entes políticos - só possuirá conteúdo real quando os mecanismos de responsabilização forem eficazes e não configurarem meros conselhos ou mera repercussão moral e política na comunidade internacional.

14- Demonstrou-se a origem consuetudinária no princípio *aut dedere aut judicare* que engloba os mecanismos de cooperação internacional. Quanto ao instituto da entrega ao Tribunal Penal, é mais um mecanismo de cooperação internacional que possui relação com o princípio *aut dedere aut judicare*. As aparentes incompatibilidades entre o instituto da entrega e a Constituição Brasileira e a Portuguesa surgiram quanto às questões da admissibilidade de jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Ocorre que não há no ordenamento jurídico brasileiro nem no ordenamento jurídico português legislação interna que regulamente o procedimento de entrega no que se refere à competência para a análise desse pedido. Contudo, julga-se que são dois institutos diferentes, pois se referem a competências diversas: jurisdição estrangeira e jurisdição internacional.

15- Julga-se que quando se tratar de crimes internacionais deve-se priorizar a entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional, pois ficou demonstrado que o princípio *aut dedere aut judicare* não assume apenas o sentido de um costume jurídico internacional, mas também possui o caráter de regra *jus cogens*. É um princípio que deve ser aplicado

a todos os Estados, independentemente de ratificação, em respeito e na defesa do direito internacional dos direitos humanos.

16- Demonstrou-se que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Procuradoria da República do Brasil referente ao primeiro pedido de entrega dirigido ao Brasil do Chefe de Estado do Sudão, visto que o Estatuto de Roma abandonou a noção de soberania nacional absoluta, pois passou a admitir intervenções no plano nacional em prol de direitos humanos universais. A razão de Estado passou a perseguir nova fundamentação, a razão da humanidade e a função dos direitos humanos que é a de estabelecer limites à soberania dos Estados e às instituições internas de cada país e, dessa forma, seu respeito é a condição necessária da legitimidade de um regime político e da decência de sua ordem legal.

17 - O princípio da complementaridade reforça que o Tribunal Penal Internacional constitui aparato complementar às cortes nacionais, tendo o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Contudo, durante a elaboração do Estatuto de Roma, verificou-se a necessidade de preservação da soberania jurisdicional dos Estados, principalmente sobre as disposições conflitantes entre o Estatuto e as legislações internas. Porém, a prevalência da jurisdição limitada do Tribunal Penal Internacional e a adoção do princípio da complementaridade foram questões decisivas para a aprovação do Estatuto, mas os Estados que não ratificaram o Estatuto continuam com seus agentes políticos imunes.

18- Ocorre que, enquanto não se priorizar uma jurisdição internacional para os crimes mais graves, não haverá efetivação da responsabilidade internacional penal. É nesse ponto que se defende a mudança de entendimento para que o Estatuto seja aplicado a todos os Estados, independentemente de ratificação e de atuação do Conselho de Segurança da ONU. Deve prevalecer a jurisdição universal, ou seja, caso um Chefe de Estado pise em território que seja parte do Estatuto, deve ser entregue ao TPI, ainda que a sua nacionalidade seja de um Estado não parte, pois o que se priorizam são as vítimas, os familiares das vítimas e a proteção da comunidade internacional como um todo. E ainda que o crime seja perpetrado em território de Estado não parte, deve-se priorizar a entrega, caso a jurisdição interna não faça a investigação e punição do criminoso. Primeiro sob o fundamento de que se trata de crime de *jus cogens*, que geram obrigações *erga omnes* para todos os Estados, independentemente de ratificação. Segundo, em razão da substituição das razões de Estado pelas razões da humanidade.

Terceiro, em razão da proteção do ser humano com racionalidade em potencial, independentemente da soberania sobre o território, da origem, raça, nacionalidade, sexo e cor, conforme os ensinamentos de Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Luís de Molina e Hugo Grócio.

19- Igualmente, em conformidade com o artigo 27 do Estatuto de Roma, julga-se que a concessão de imunidade a um Estado ou a seus agentes políticos de processos decorrentes de graves violações dos direitos humanos é artificial, injusta e arcaica, conforme demonstra a extensa jurisprudência internacional que indica que essa prática deve mudar, em especial quando se tratar de normas *jus cogens*. Essa afirmação é destaque proeminente em vários casos, principalmente quando viola uma regra de caráter peremptório, como a proibição de tortura, desaparecimento forçado, escravidão e outros crimes contra a humanidade.

20- No que se refere à parte especial do Estatuto de Roma, foi demonstrado os elementos constitutivos dos crimes de genocídio, crimes contra humanidade, agressão e crimes de guerra. Contudo, a previsão de diferentes convenções no combate ao terrorismo não foi o suficiente para inclusão do crime de terrorismo no Estatuto de Roma. Julga-se que os crimes do Estatuto de Roma e os atos terroristas afetam negativamente o interesse comum de toda a humanidade, independentemente de onde eles ocorrem. Diante da ausência de definição uníssona sobre o terrorismo, principalmente nas legislações nacionais, como a lei brasileira, portuguesa e americana, e em razão, dos diferentes mecanismos de responsabilização nacional, por vezes, injustos, entende-se que os atos de terrorismo devem ser tratados como crimes internacionais de responsabilização perante o Tribunal Penal Internacional.

21- Defende-se que o terrorismo, bem como o genocídio, a tortura, os crimes contra a humanidade, e todos os outros crimes internacionais estão sujeitos à jurisdição universal, independentemente de ratificação do Estatuto de Roma pelos Estados, pois o princípio de justiça imparcial, normas *jus cogens* e a *recta ratio* não contêm elementos convencionais.

22- Nesse sentido, o desenvolvimento progressivo do direito internacional permite uma maior relativização da normatividade internacional. Esse desenvolvimento é um fator de progresso em muitos aspectos. Ao colocar a ênfase na consciência jurídica universal, que ajuda a garantir a primazia da ética sobre a aridez da lei positivada, ou seja, primazia da moral, dos valores, do direito internacional não é senão um artifício sem alma que é a mensagem essencial de novas teorias.

23- As possíveis consequências negativas da relativização da normatividade internacional devem ser consideradas como efeitos secundários das mudanças que em si são benéficas. Julga-se conceder maior substância moral e maior solidariedade no alcance da normatividade. Numa altura em que a sociedade internacional precisa mais do que nunca de uma ordem normativa capaz de assegurar a coexistência pacífica e a cooperação na diversidade, o tratamento igualitário entre as entidades soberanas, mas igualmente, o estabelecimento de mecanismos de responsabilização internacional do Estado e do indivíduo, em conformidade com os princípios de jurisdição universal, imparcial e do devido processo legal, nos casos de violações de direitos humanos, quando as jurisdições nacionais forem falhas ou omissas.

24- Restaram comprovadas as dificuldades de delimitação de conteúdo normativo, desenvolvimento e responsabilização dos atos terroristas, pois, quaisquer que sejam os méritos, existem diferentes gradações de resistência dos Estados. Defende-se o alargamento da sua interpretação e aplicação da norma. Além disso, as relações entre os diversos conceitos envolvidos levantam problemas cuja solução está longe de ser fácil.

25- Julga-se que o modo de agir de grupos terroristas e as consequências dos ataques realizados, quando não processados e julgados de maneira imparcial no âmbito interno, devem ser levados ao TPI, independentemente de qualquer motivação especificamente política. Demonstrou-se que os últimos atentados terroristas e a análise dos elementos constitutivos do tipo penal comprovam que os atos terroristas são crimes contra a humanidade. Dito de outro modo, os atos terroristas consistem nas atrocidades mais bárbaras e humilhações, é um ataque à individualidade do ser humano e à sociabilidade. Nesse sentido, viola os preceitos da justiça natural, e, portanto, a jurisdição vigilante sempre deve ser delegada a tribunais, desde que estejam em conformidade com os padrões de justiça natural, independente e imparcial - o TPI - em prol do ser humano e da humanidade.

26- Entende-se que o texto do Estatuto de Roma não precisa ser alterado, a fim de abranger os atos de terrorismo. A maioria dos Estados vê o crime de terrorismo como contendo dois elementos, a saber, a morte de civis e o avanço de algum propósito ideológico ou político, suficientes para a responsabilização como crime contra humanidade. Ambos são vistos como alguns dos crimes mais repugnantes para humanidade; empregam uma linguagem semelhante, proibindo o ataque a civis; constituem crimes que atingem o cerne da decência humana, ao ceifar vidas inocentes e devastar populações.

27- O terrorismo internacional constitui afronta aos princípios da humanidade e deve ser processado perante o Tribunal Penal Internacional, como crime contra humanidade.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros, artigos e revistas

ABI-SAAB, G. *Introduction, in The Concept of Ius Cogens in International Law*. Ed. Carnegie Endowment for International Peace, London, 1967.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996.

AGO, Roberto. *Droit positif et droit international*. *Annuaire Français de Droit International*, 1957, V. III.

AKANDE, Dapo. *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties- Legal Basis and Limits*. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª Edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2014.

AMBOS, Kai. *A implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional*. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. Título original: *Persecución internacional en America Latina y Espanha*. Tradução e organização do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, IBCCRIM, 2003.

_____. *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis – From Nuremberg to the Hague*. In *Substantive and Procedural aspects of International Criminal Law: The experience of international and National Courts*. Editors: Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman. Published by Kluwer law International, Netherlands, 2000.

_____. *Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma*. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª Edição. Editora Almedina: Coimbra, 2009.

ANNONI, Danielle e FREITAS, Márcia Marcondes Diniz de. *Direitos Humanos e os Tratados Internacionais: A Declaração Universal das Nações Unidas Hoje*. In *Estudos de Direito Internacional*, Volume XII, Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, São Paulo, Editora Juruá, 2008.

ANZILOT, Dionisio. *Cours de Droit International*. Recueil Sirey, Paris, 1929.

ARAÚJO, Nádia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional* in *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*, org. Paulo Borba Casella e André de Carvalho Ramos, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Rubens Siqueira, Companhia das Letras: São Paulo, 1999.

ARNOLD, Roberta, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Transnational Publishers, Ardsley, 2004.

BADIE, Bertrand. *Um Mundo sem Soberania: Os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Instituto Piaget, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

BANTEKAS, Ilias. *The Pinochet Affair in International Law*. *Revue Hellenique de droit international*: vol. 52, 1999.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Ed. Lex, Lisboa, 1997.

BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Ed. Tecnos: Madrid, 1984.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. *A invenção do jus cogens: e a dogmática do direito internacional no crepúsculo do jus publicum europeum*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

BARTSCH, Kerstin; ELBERLING, Björn. *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 2003.

BASSIOUNI, Cherif M.. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999.

_____. *An appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993.

_____. *La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligatio erga omnes. Represión de las violaciones del derecho internacional humanitário (sistemas romano-germanico): informe de la reunión de expertos*, 23-25 de setembro de 1997.

_____. *Draft Statute International Criminal Tribunal*, 9 *Nouvelles Etudes Penales*, 1993.

_____. *Introduction au droit des traités et la lumière de la Convention de Vienne*, 134 *Recueil Des Cours*, 297, 324 (1971 III).

_____. *Introduction au Droit Pénal International*. Bruylant, Bruxelles, 2002.

_____. *International Criminal Law*. Alphen, 1980.

_____, WISE, Edward M. *Aut dedere aut judicare – The duty to extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

_____. *Enforeing Human Rights Through International Criminal Law and Through An International Criminal Tribunal*, in *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Louis Henkin & John Lawrence Hargrove Ed., 1994.

_____. *La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligatio erga omnes. Represión de las violaciones del derecho internacional humanitário (sistemas romano-germanico): informe de la reunión de expertos*, 23-25 de setembro de 1997.

_____. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. Virginia Journal of International Law Association, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81. Disponível na versão em língua espanhola *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*. Disponível em http://www.cdih.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf. Acesso em 14 maio de 2012.

_____. *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters. Procedural and Eforcemente Mechanisms in International Law*, 2ª edição, volume II, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York.

_____. *The Proscribing Function of International Law in the Process of International Protection of Human Rights*, Yale J. World Publisher, 1992.

_____. *The Times has come for a International Criminal Court*. Indiana International e Comparative Law Rewiew, nº 1, volume 1, 1991.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o Princípio da Complementaridade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Volume 4, n. 24, São Paulo, Fevereiro – Março de 2004.

BELSKY, Adam C. *Implied Waiver Under The FSIA: A Proposed Exception To Immunity For Violations Of Peremptory Norms Of International Law*. 77 CAL. L. Rev. 365, 1989.

BEUCHOT, Mauricio. *La fundamentación de los Derechos humanos como dilema moral*. Persona y Derecho, n.41, 1999.

BOBBIO, Noberto. *Presente y futuro de los derechos del hombre*. In *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa, 1992.

_____. *El positivismo jurídico*, Madrid: debate, 1993.

BRITO, Wladimir. *Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a proteção dos direitos da pessoa humana*. Volume LXXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000.

- _____. *Direito Internacional Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, 1991.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.
- BURNS, Peter. *An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics*. In *The Prosecution of International Crimes*. Edited by Roger S. Clark and Madeleine Sann. Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1993.
- CAEIRO, Pedro. *Ut puras servaret manus*. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Editora Coimbra, 2001.
- _____. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português* in Vital Moreira, Leonor Assunção, Pedro Caeiro, Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora.
- _____. *Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua*. Separata Direito e Cidadania, nº 18, ano V, Setembro a Dezembro, 2003.
- _____. *Claros e escuros de um auto-retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para Ruanda sobre a própria legitimação* in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.
- _____. *Cooperação Judiciária na União Européia* in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume III, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.
- _____. *Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O caso Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciência Jurídico – Criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.
- _____. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português*, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*, n. 27, São Paulo, Editora Saraiva, 1983.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A responsabilidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional*, in ANNONI, Danielle (coord.) e outros. *Os novos conceitos do novo Direito Internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos*. RJ: América Jurídica, 2002.

- _____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law*, 316 Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye, 2005.
- _____. *The interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts. Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence*. The Hague: Asser Institut, 1996.
- _____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume III*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- _____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. RJ: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil*. Ministério das Relações exteriores. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2012.
- CARRASCO, Eduardo. *La Didactica del Derecho en Francisco de Vitoria*. Universidad de Valladolid, Espanha, 1949.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2003.
- _____. *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, 12 EUR. J. INT'L. L., 2001.
- _____. *The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemonger*. Cambridge, 1993.
- _____; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Comentary*. Volume I, Oxford, 2002.
- CHIBLI, Mallat. *The original sin: "terrorism" or "crime against humanity"?* 34 Case W. Res. J. Int'l L., 2002.
- CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.
- CICERO, Marcus Tullius. *The Republic – The Laws*. Oxford, University Press, 1998.
- CLARK, Roger S.; SANN, Madaleine. *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*. Transaction Publishers: New Jersey, 1994.
- CLÉMENT, Zlata Drns. *Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: incoherencias sistemáticas*. Anuario Argentino de Derecho Internacional, v. 11, Córdoba, 2001/2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3ª Edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2004.

CORREIA, José de Matos. *Tribunais Penais Internacionais: coletânea de textos*. Universidade Lusíada Editora: Lisboa, 2004.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*, volume 1, item n. 6, 7ª edição, São Paulo, Editora Forense, 2005.

CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004.

D. FRY, James. *Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The backdoor Universal Jurisdiction* 7 ucla j. Int'l l. & Foreign aff. 169, 2002.

DAUDET, Yves. *Actualités de la codification du droit international*. RCADI, Tome 303, 2003.

DAWE, Douglas A. *Terrorism*. Chitty's Law Journal/Vol. 36, 1988.

DELGADO, Isabel Lirola; MARTÍNEZ, Magdalena M. Martín. *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*. Ariel Derecho: Barcelona, 2001.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Ambiguities and Lacunae, The International Criminal Court Ten Years*. Journal of International Criminal Justice, 2013.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução Vítor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ed. Gráfica Luna Ltda. Rio de Janeiro, 1979.

DUGART, John; WYNGAERT, Christine Van Den. *International Criminal Law and procedure*. Dartmouth Publishing Company, USA, 1996.

DUFFY, Michael. *First World War - How It Begun*. 2004. Disponível em <www.firstworldwar.com/origins>. Acesso 15 de novembro de 2012.

DUPUY, René Jean. *Communauté internationale et disparités de développement* 165 Recueil Des Cours 11, 1979.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho*. São Paulo, Editora Renovar, 2006.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco António de M. L. *Codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Penal*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012, p. 605-606.

_____. *Os Crimes contra a humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra, 2009.

FITZMAURICE, Gerald. *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*. RCADI, 1957, II, p.5 e ss.

FOCARELLI, Carlo. *Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Ius Cogens' Legal Effects*, 77 Nordic Journal of International Law. 429 – 457, 2008.

FRIEDRICH, C.J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

FRULLI, Micaela. *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' Crime against Humanity*. Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, 2008.

GAJA, G. *Obligations erga omnes, international crimes and jus cogens: a tentative analysis of three related concepts* in WEILER, J. , CASSESSE, A. and SPINEDI, M. *International Crimes of States – A critical Analysis of the ILC's draft article 19 on State Responsibility*, Berlin: Walter de Gruyter, 1989.

GALINGGINT, Ridarson. *Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes Against Humanity Under The Icc Treaty*. 7 Indonesian J. Int'l L. Vol. 7 N. 4 July, 2010.

GANSHOF, François-Louis. *L'histoire des relations internationales*. Hachette, 1953.

GARCÍA, Francisco Jiménez. *La Corte Penal Internacional* in ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª Edición, Madrid, Editorial Dilex, SI, 2003.

GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri III*, in *The Classics of International Law*, n. 16, vol. II, Oxford/ Londres, 1933.

GIEGERICH, Thomas. *Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?* in Tomuschat and Thouvenin (eds.), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin eds., 2006.

GLASER, Stefan. *Les droit's de l'homme à la lumière du droit international positif*, *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964.

_____. *Introduction à l'étude du droit international penal*. Bruxelles, Bruylant, 1954.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra, Editora Almedina, 2008.

_____. *Manual de Direito Internacional Público: Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. 3ª edição, actualizada, ampliada, Editora Almedina: Coimbra, 2004.

GREPPI, Edoardo. *The evolution of individual criminal responsibility under international law*. International Review of the Red Cross, Humanitarian Debate: Law, Policy, Action. Volume 81, nº 835, September 1999.

GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*, 2º ed. 1967.

HAKA, Ikuhiko. *The Nanking Atrocities: Fact and Fable*. Disponível em: <http://www.wellesley.edu/Polisci/wj/China/Nanjing/nanjing2.html>. Acesso em 10.03.2012.

HALL, Christopher Keith. *Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente*. Revue Internationale de la Croix-Rouge, nº 829, 80º année 1998.

_____. *La primeira propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*. Revista Internacional da Cruz Roja, 1998.

_____. *Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool*. In *Justice for Crimes Against Humanity*, Edited by Mark Lattimer And Philippe Sands Hart Publishing Oxford And Portland, Oregon, 2003.

HENCKAERTS, Jean-Marie. *Estudo sobre o Direito Internacional Humanitário Consuetudinário: uma contribuição para a compreensão e respeito do direito dos conflitos armados*. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/assets/files/other/review-857-p175.pdf>. Acesso em 05 de Janeiro de 2014.

HERBEL, Herman von. *The Elements of War Crimes in The International Criminal Court: Elements of Crimes and rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, International Publishers, 2001.

HERNÁNDEZ, Véase C. Escobar. *La Corte Penal Internaciona*. In M. García Arán y D. López Garrido, *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

HESPANHA, António Manuel. *Luís de Molina e a escravização dos negros. Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, 937-960. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

HEYDECKER, Joe J. *O processo de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Bruguera, 1968.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*, ed. Michael Oakeshott, Oxford: Blackwell, 1957.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos - O Breve Século XX*. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOOGH, A. J. J. *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective*. Austrian Journal of Public and International Law, nº42, 1991.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, São Paulo, Editora Del Rey, 2009.

_____. *O Princípio do Ne Bis In Idem no Direito Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, volume 4/5, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5, São Paulo, 2003-2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*. Journal of International Criminal Justice 2, 2004.

JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. Tradução Nélio Schneider de Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

JOHNSON, Thomas A. *The War on Terrorism: a collision of values, strategies and societies*. CRC press, New York, 2008.

KAMEL, Antonie Youssef. *A atuação do Conselho de Segurança da ONU: democrática ou discricionária?* Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/1038/883>. Acesso em 15 de agosto de 2014.

KAPLAN, M. A. e KATZENBACH, B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, Zahar, 1964.

KAUL, Hans-Peter. *Tribunal Penal Internacional*. Org. Fauzi Choukr e Kai Ambos. Ed. RT. São Paulo, 2000.

KIRSCH, Philippe. *Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour Penale Internationale*. Disponível em: www.iccnw.org. Acesso em 29.03.2016.

KNUCHEL, Sévrine. *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*. Northwestern Journal of International Human Rights. Volume 9, Number 2 (Spring 2011).

KOLB, Robert. *Théorie du ius cogens international: Essai de relecture du concept*. Presses Universitaires de France, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti. *Empire and International Law: The real Spanish Contribution*. University of Toronto Law Journal, Volume 61, Number 1, Winter 2011, pp. 1-36 (Article).

KOWAALSKI, Mateus. *A Ordem Pública Universal como o fim da História? Universalização e dilemas da codificação e desenvolvimento do direito internacional*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra, 2012.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia de Letras, São Paulo, 1988.

LAUTERPACHT, Hersch. *The Grotian Tradition in International Law*. British Year Book of International Law, 1946.

_____. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28 BRIT. Y.B. INT'L L, 1951, p. 225.

_____. *The international Protection of Human Rights*, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1947.

LEE, Win-Chiat. *Terrorism and Universal Jurisdiction*. In *Intervention, Terrorism, And Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory*, Edited by Steven p. Lee, Hobart and William Smith Colleges, Geneva, NY, U.S.A, 2007.

LESCURE, Karine; TRINTIGNAC, Florence. *Une justice Internationale pour L'ex-Yougoslavie: mode d'emploi du tribunal pénal international de La Haye*. Editora L'Harmattan: Paris, 1994.

LIPPMAN, Matthew. *Crimes against humanity*. Boston College Third World Law Journal, 1997.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A Relação Extradicional no Direito Brasileiro*, item n. 2.2.1, São Paulo, Editora Del Rey, 2001.

LISZT, Franz Von. *Das Volkerrecht*. Haring, 1913.

LOPES, José Alberto Azeredo. *Textos históricos do direito e das relações internacionais*. Gabinete de estudos internacionais, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999.

LUBAN, David. *A Theory of Crimes Against Humanity*. The Yale Journal of International Law, Vol. 29, 2004.

LUMIA, Giuseppe. *Principios de Teoria e Ideologia del Derecho*. Madrid: Ed. Debate, 1993.

MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós – 11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª Edição, 2013.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Edição Del Rey: Belo Horizonte, 2001.

MALLISON, W. and MALLISON, S. *The Concept of Public Purpose Terror in International Law: Doctrines and Sanctions to Reduce the Destruction of Human and Material Values*, 18 Howard Law Journal, 1973.

MARRUS, Michael. *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-46: A Documentary History*. Bedford Books, 1997.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito Internacional Público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2ª edição revisada e atualizada. Coleção Direito e Ciências afins volume 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MCDONALD, Gabrielle Kirk; SWAAK-GOLDMAN. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Volume II, Part 2, Documents and Cases. Kluwer Law International: Netherlands, 2000.

McGOLDRICK, Dominic. *From '9-11' to the 'Iraq war 2003'* International law in an Age of complexity, Professor of Public International Law, Director of the International and European Law Unit, Liverpool Law School, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

_____. *Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 1978.

_____; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. RJ: Renovar, 1999.

MERON, Theodor. *Human Rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

_____. *On hierarchy of international human rights*. 80 American Journal of International Law, 1986.

MIGUEL, João Manuel da Silva. *Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as conseqüências da ratificação*. Revista do Ministério Público, nº 86, ano 22º, Abril – Junho 2001.

MIRANDA, João Irineu de Resende. *O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. *Política, direito e relações internacionais em Francisco de Vitoria*, Revista Opinião Filosófica, Porto Alegre, v. 03, nº 01, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2004.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada*, item n. 5.91, 7ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

MOREIRA, Vital. *Atribuições do Tribunal Penal Internacional*, in *Revista Público*, 1º de Outubro de 2002.

_____. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*. In *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

MOYNIER, Gustave. *Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale proper à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*. *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, nº 11, avril 1872.

MUELA, A. Miaja de La. *Ius Cogens y Ius Dispositivum em Derecho Internacional Publico*. Vol. II, Madrid, 1960.

MURPHY, Sarah L. *The Pinochet Judgment: New Accountability for old Dictators*. 32 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 463, 2001.

MURPHY, Sean D. *Principles of international Law*. Saint Paul: Thomson West, 2006.

NICOLOUDIS, E.P. *La Nullite de Jus Cogens et le developpement contemporain du Droit international Public*. Papazissi, Athenes, 1974.

OOSTERVELD, Valerie. *The elements of genocide, in The International Criminal Court: Elements of crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, Transnational Publishers, Ardsley-NY, 2001.

_____. *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*. United States: Transnational Publishers, 2001.

ORAKHELASHVILI, Alexander. *State Immunity and International Public Order*, 45 *German Yearbook of International Law*, 2002.

ORTEGA, Martin C. *Vitoria and the Universalist Conception of International Relations*, in *Classical Theories of International Relations*, ed. Ian Clark and Neumann, London, UK: Macmillan Press, 1996.

OSUNA, Ana Salado. *El Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional y los derechos humanos*. In SALSEDO, Juan Antonio Carrillo. *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 2000.

P.REUTER, *Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers em droit international public*. Mel Secelle, L.G.D.J, 1950.

PAS, Liu Tchoan. *Le droit des gens et de la Chine antique*. Paris, Jouve, 2 volume, 1926.

PALCHETTI, Paolo. *Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire Tribunali Penali Internazionali*. Rivista de Diritto Internazionale, 1996.

PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fascículo 1º, Janeiro- Março, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PECES-BARBA, *Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)* en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 28, 1988.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Estrutura normativa das relações internacionais*. RJ: Forense, 2008.

PELLET, Alain. *Le Tribunal International pour l'ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?* Revue Générale de Droit International Public, nº 98, 1994.

PERAGÓN, José Raúl Calderón. *El Juicio de Nuremberg: Hacia una Corte Penal Internacional*. Editorial Jabalcuz, La Paz, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª Edição, Almedina: Lisboa, 2011, p. 19-38.

PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004.

PEREÑA, Luciano. *Francisco de Vitoria: Escritos Políticos*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

PERRONE – MOISÉS, Cláudia. *Antecedentes Históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. *Direito Internacional Penal: Imunidades e anistias*. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

_____. *Imunidades de Chefes de Estado e crimes internacionais*. São Paulo, 2009.

PFANNER, Toni. *Création d'une cour criminelle internationale permanente, Conférence diplomatique de Rome: résultats escomptés par le CICR* in Revue Internationale de la Croix-Rouge, nº 829, 80º année, 1998.

PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e Ius: Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos segundo Francisco De Vitoria (1483-1546)*. Teocomunicação, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 376-401, jul./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: Dpj Editora, 2008.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2ª Edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição revisada, ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

PIRES, Francisco Lucas. *Soberania e Autonomia*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume XLIX, Coimbra, 1973.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, 2000.

PROULX, Vincent-Joel. *Rethinking the jurisdiction of the International criminal court in the Post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?* American University International Law Review 19, no. 5, 2003.

PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes le Plus Importans de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, Tome I, par le baron de Pufendorf, trad. Du latin par Jean Barbeyrac, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *A Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direito Humanos*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999.

_____. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. *Francisco Suárez. Último medieval, Primeiro moderno: a ideia exemplar*. Universidade do Porto. Cauriensia, vol. V, 26, 2010.

REMÓN, Florabel Quispe. *Ius cogens em el Sistema Interamericano: Su relación com el debido proceso*. Revista de Derecho, nº34, 42-78, Universidad del Norte, 2010.

RENTO, J. P. *Jus Gentium: A lesson from Aquinas*. Finnish Yearbook of International Law, 1992.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. SP: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Internacional Público*. Saraiva: São Paulo, 2008.

_____. *Tribunal Penal Internacional: Princípio da Complementaridade e Soberania*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier, 2009.

RIQUITO, Ana Luísa. *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra, Editora Coimbra, 2004.

ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*. The New Press, New York, 1999.

ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le ius cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume: 172, Brill / Nijhoff, Leiden / Boston, 1981.

RODAS, João Grandino. *Jus Cogens em Direito Internacional*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. LXIX, faz. II, 1974.

RODRIGUES, Almiro. *O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia e seus contributos para o Direito (Penal) Internacional*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, fascículo 3º, Julho-Setembro, Editora Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Mandado de Detenção Europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?* In *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra, Editora Coimbra, 2009.

RÖLING, B.V.A. *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger*. Edited and with an Introduction by Antonio Cassese, Oxford: Polity Press, 1993.

ROOBINSON, Darryl. *The Elements of Crimes Against Humanity in The International Criminal Court: Elements of Crimes and rules of Procedure and Evidence*. Edit by Roy S. Lee, International Publishers, 2001.

RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, item n. 4, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade*, in *Cadernos de Direito*, volume III, nº 5, São Paulo, UNIMEP, 2003.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Texto produzido pelo autor baseado na conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF, Brasil. *Revista Centro de Estudos Judiciários*, nº 11, Agosto/2000.

SALAND, *International Criminal Law Principles*, em Lee, Roy S. *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

SALAS, Victor M. *Francisco de Vitoria on the ius gentium and the American índios*. *Ave Maria Law Review*, Vol 10:2, Spring 2012.

SALCEDO, J. A. Carrillo. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos em el Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª Edição, Madrid: Tecnos, 2001.

_____. *Dignidad frente a barbárie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Ed. Mínima Trotta: Madrid, 1999.

SANTOS, Sofia. *O Tribunal Penal Internacional e a construção de uma ordem pública internacional*. *Janus. Net e-journal of International Relations*, Vol. 5, N.º 2, novembro 2014-abril 2015.

SCHABBAS, William A. *Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SCHARF, Michael P. *Balkan Justice: The Story Behind the First International War crimes Trial Since Nuremberg*. Carolina Academic press: Estados Unidos, 1997.

SCHINDLER, L.; TOMAN, J. *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documentos*. Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, Dordrecht. Geneva, 1988.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie. Tradução Teologia Política*, in *Le Categorie del politico*, Bologna, II Mulino, 1972, p.33.

SCHWARZENBERGER, Georg. *A Manual of International Law*. Stern & Sons, Londres, 1967.

_____. *The problem of an International Criminal Law*. Faculty of law, University college, 1950.

SCHWELB, Egon, *Crimes Against Humanity*. *British Yearbook of International Law*. Vol 23, 1946.

SHRAGA, Daphna; ZACKLIN, Ralph. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*. *European Journal of International Law*, vol. 7, 1999.

SICARI, Vincenzo Rocco. *O direito das relações diplomáticas*. Vincenzo Rocco Sicari; Leonardo Nemer Caldeira Brant, coordenador da coleção, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIMMA, Bruno. *From Bilateralism to Community Interest in International Law*. Académie de droit international, Recueil des Cours, v. 250, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

SRIVASTAVA, Ojasvita. *The International Criminal Court: The Zeitgeist*. Civil Law Studies: An Indian Perspective, Edited by Anthony D'Souza and Carmo D'Souza. Cambridge Scholars Publishing, 2009.

STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the complementarity game in The International Criminal Court: Challenges and Prospects*. The European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation, EIUC, 2005.

SUÁREZ, Francisco. *Selections from three Works*. Vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1994.

SUNGA, Lyal S. *A Competência ratione materiae da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma*. In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Brasília, 1988.

SYMEONIDOU-KASTANIDOUL, Elisabeth. *Defining Terrorism*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Printed in the Netherlands, Vol. 12/1, 14-35, 2004.

SZTUCKI, Jerzy. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*. Springer-Verlag, New York, 1997.

TAVARES, Rodrigo de Souza. *O jus cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a Teoria do Direito*. Revista de Direito da Unigranrio, ISSN:1984-7920.

TAVERNIER, Paul. *L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda*. Revue Internationale de la Croix-Rouge, n.832, 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski Teixeira. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TOMAN, J. *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. In GREPPI, Edoardo, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*. International Review of the Red Cross, Humanitarian Debate: Law, Policy, Action. Volume 81, nº 835, September 1999.

TRAPP, Kimberley N. *The relationship between individual criminal responsibility and state responsibility in the terrorism context*, Published to Oxford Scholarship Online: September 2011.

TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes*, Article by Article, 1999.

URDANOZ, Teofilo. *Francisco de Vitoria. Obras de Francisco de Vitoria*. Madrid: BAC, 1960.

VALENZUELA-VERMEHREN, Luis. *Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain*. A Heuristic Overview. *Logos* 16:2, Spring, 2013.

VATTEL, Emer de. *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la conduite et aux Affaires de Nations et Souverains*, vol I, Paris, 1758, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

VENTURA, Catarina Samapaio. *O significado do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia na edificação de um sistema de justiça penal internacional in Direito Penal Internacional: para proteção dos Direitos Humanos*. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Goethe-Institut de Lisboa, Editora Fim do século: Coimbra, 2003.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*, Ed. Aguilar: Madrid, 1982.

_____. *Le fondement du droit international*. Académie de droit international, Recueils des Cours, v. 16, 1927.

_____. *Forbidden Treaties in International Law*. The American Journal of International Law, 1937.

_____. *La Doctrina Española Clásica del Derecho Internacional*. Paz y Derecho de Gentes, Volumen XVIII, Madrid, 1971-1972.

VIRALLY, Michel. *Réflexion sur le Ius Cogens*. *Annuaire Français de Droit International*, vol. XII, 1966.

VITORIA, Francisco de. *La Ley*. Madrid, Tecnos, 1995.

_____. *Political Writings*. Edited by Anthony Pagden and Jeremy Lawrance. Cambridge University Press, 1991.

_____. *Relectio de Potestate Civili, in Relecciones de Indios y del Derecho de la Guerra*. Tradução espanhola feita por Marques de Ollivart, Ed. Espasa, Madrid, 1928.

WALZER, Michael. *Five Questions About Terrorism in Just and Unjust Wars*, Volume 49, Number 1, New York, Winter, 2002.

WEIL, Prosper. *Le Droit international en quête de son identité* – Cours general de Droit International public. 237 Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye (1992) pp.131-201.

_____. *Towards relative normativity in international law?* The American Journal Of International Law, Vol. 77, 1983.

_____. *Vers une Normativité Relative em Droit International?*, in Revue Générale de Droit International Public, tomo LXXXVI, 1982.

WIJNGAERT, Christine Van Den. *The Political Offence Exception of Extradition: The delicate problem of balancing the rights of the individual and the International Public Order*, Kluwer- Deventer- The Netherlands Boston. Frankfurt, 1980.

WILLIAMSON, Myra. *Terrorism, War and International Law: The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*, The University of Waikato, New Zealand, The Ashgate International Law Series, Series Editor: Alex Conte, OE CD, Paris, 2009.

WISE, Edward M. *Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare*, 62 Rev. International Droit Pénal, 109, 1991.

_____. *International Criminal Court: A Budget of Paradoxes*. Tulane Journal of International and Criminal Law, 2000.

_____. *Terrorism and The Problems of an International Criminal Law*, 19 CONN. L. Rav. 799, 812, 1987.

WITH, Steffen. *Immunity for core crimes? The IGJ's judgement in the Congo vs. Belgium case*. EJIL, v.13, n. 4, 2002.

WOLFF, Christian. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* [1764], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934.

2. Legislação e jurisprudência

Annuaire de la Commission du Droit International (1970)

Annuaire de la Commission du Droit International (1958).

Annuaire de la Commission du Droit International (1963).

Annuaire de la Commission du Droit International (1987).

Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968.

Convenção para prevenção e punição do crime de genocídio de 1948.

Corte IDH, Parecer Consultivo n. 18 sobre Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados de 17.09.2003.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Par. 41.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Serie C n. 36. Voto juiz Cançado Trindade, parágrafo 12.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 86;

Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 83.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140,

Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 96.

Corte IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentença de 23 de Setembro de 2009. (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 105;

Corte IDH. Caso González Medina y Familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 130;

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 192;

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 61;

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 114;

Corte IDH. Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones e custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Serie C nº 116. Parágrafo 39.

Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 96;

Corte IDH. Desaparición Forzada. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6, 2015, p. 15.

Estatuto de Roma. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.

HyperWar: International Military Tribunal for the Far East (Chapter 8) (Paragraph 2, p. 1015, Judgment International Military Tribunal for the Far East. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-8.html>. Acesso em 10.03.2012.

ICJ. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J. 3, 74-75 (Feb. 14) (Joint Sep. Op. of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal).

ICJ. Assembly of States Parties, 8th Session in the Hague, 18–26 November 2009,

ICJ. International Court of Justice Reports, 1980, p.42.

ICC. International Criminal Court. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em 15 de Janeiro de 2014.

ICJ. Parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a Convenção para Prevenção e Repressão do crime de Genocídio, 1951.

ICJ. Recueil des arrêts, Avis consultatifs et ordonnances Réserves a la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Reports of judgments, Advisory opinions and orders, Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the Crime of genocide Advisory opinion of may 28th, 1951,

ICJ. Cour internationale de justice. Recueil des arrêts, 1970, p.32.

ICJ. The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Sentença de 5 de Fevereiro de 1970, ICJ Reports, 1970, parágrafo 34, p. 32.

ICR. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. Rules of Procedure and Evidence. Disponível em: <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Evidence/English/050796e.pdf>. Acesso em Janeiro de 2013.

League of Nations Convention for the Creation of an International Criminal League of Nations, Official Journal 1934 (July–December) 1712, 1713–4.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL BRASILEIRO. Parecer do Ministério Público Federal n° 5690 –PGR/RG, Petição n° 4.625.

ONU A/CONF. 183/9, 17 July 1998.

ONU. Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session, UN Doc. A/2693 (1954), p.151.

ONU. U.N. Doc. A/CONF.183/13 (Vol. I), United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, Rome 15 June-17 July 1998, United Nations, 2002, §7, p. 72 e s.

ONU. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, UN Doc. A/46/10 (1991), p. 97.

ONU. Enmendado por la resolución RC/Res.6. Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11), parte II.

ONU. Preâmbulo da Resolução nº60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005)

ONU. Recommendations by the Netherlands Advisory Committee on Public International Law Concerning the International Law Commission's Report on Draft Statute for a Permanent International Criminal Court. Netherlands International Law Review, 1995, p. 227.

ONU. Relatório do grupo de trabalho de orientação sobre as Nações Unidas e o terrorismo, Doc ONU. A / 57/273 (2002), anexo, parágrafo 26.

ONU. Report of the Commission to the General Assembly, vol II, State Responsibility, New York: United Nations, 1977, p. 119.

ONU. Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session,

ONU. Report of the Study Group of the ILC Int'l Law Comm'n on the Fragmentation of International Law.

ONU. Report de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session, ACIDI, 1976, vol. II, parte II, p.110.

ONU. Report de la Commission à L'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-troisième session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1(Part2).

ONU. Resolução 3314 (XXIX) da AGNU sobre definição de agressão de 1973.

ONU. Resolução 95(I) de 13 de Fevereiro de 1946 e Resolução 177(II) de 1947 da AGNU.

ONU. Resolução nº 44/39 de 1989, Grupo de Trabalho de 1990, Resolução nº 47/33 de 1992, Grupo de Trabalho de 1993 instituído pela Resolução 48/31 do mesmo ano em que elaborou um Projeto completo em 1994.

ONU. Special Rapporteur Third Report on Law of Treaties, Commentary on art. 17, 76, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1., reprinted in 2 Y.B. INT'L L. CoMM'N 41 (1958)

ONU. The League of Nations Terrorism Convention was opened for signature in 1937.

ONU. The Report of the Commission can be read in AJIL (1920).

Supremo Tribunal Federal Brasileiro. RTJ 99/1003, Relator Ministro Leitão de Abreu; Extradicação 313/Argentina, Relator Ministro Luiz Gallotti; PPE 607/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 64/22, Rel. Min. Bilac Pinto; RTJ 184/674, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno; Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, adopted 25 May 1993 by SC Resolution 827/1993.

Supremo Tribunal Federal Italiano. Caso Ferrini, a Decisão n ° 5044/2004, nº 660.

TRIBUNAL PENAL PARA EX- IUGOSLÁVIA. Caso Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997.

TRIBUNAL PENAL PARA EX- IUGOSLÁVIA. Caso Prosecutor v. Kupreskic, 14 de Janeiro de 2000.

United States Nuremberg Military Tribunal, United States v. Ohlendorf, 15 I.L.R. 656 (1948).